Das Verhältnis des Betrugs zu Diebstahl und Unterschlagung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen

Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hugo Habel,

Referendar.

Breslau 1913.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Referent: Prof. Dr. Gretener.
Korreferent: Prof. Dr. Fischer.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

Dem ideellen Begriffe des Betruges sind in der Theorie feste Grenzen zugewiesen, in der Praxis aber ist es oft recht schwer, ihn von den anderen Delikten zu scheiden. In der Praxis tritt er auf, vermengt mit den Tatbestandsmerkmalen mancher anderer Delikte, und es heißt bei der Begriffsentwirrung die größte Vorsicht gebrauchen, will man zu dem richtigen Ergebnis gelangen. Überall nämlich, wo ein auf Täuschung berechnetes Verhalten vorliegt, fühlt man sich versucht, einen Betrug anzunehmen.

Aber es ist einleuchtend, daß nicht jedes unaufrichtige Verhalten schon ein Betrugsdelikt darstellt, vielmehr haben wir es in solchen Fällen oft nur mit der Lüge zu tun. Die Lüge aber, mag sie moralisch auch höchst verwerflich sein, ist keine strafbare Handlung. Ein allgemeines, abstraktes „Recht auf Wahrheit" gibt es eben nicht, auf dessen Verletzung eine Strafe gesetzt wäre.

Die Lüge ist also eine häufige Begleiterscheinung der Delikte, und ihr Gebiet ist von demjenigen des Betrugs scharf zu trennen.

Der Betrug ist dagegen ein Vermögensdelikt,[1]) seine Angriffssphäre ist das Vermögen, und Angriffsmittel ist ihm dabei

[1]) Den Charakter als Vermögensdelikt hat der Betrug erst nach einer langen Entwicklungsperiode erhalten, die ihren Ausgang nimmt vom römischen Recht. Sie beginnt mit der Einführung des stellionatus während der Kaiserzeit. Bis zu dieser Einführung helfen in vielen Betrugsfällen die Bestimmungen über furtum und falsum und die zivilrechtliche actio doli aus. Vergl. hierüber besonders Merkel, Krimn.-Abh. Bd. II S. 4, Binding, Lehrb. Bd. I S. 338, Köstlin, Abh. aus d. Strafr. S. 124.

Übrigens enthalten solche Fälle: l. 21 d. leg. Cornelia de falsis (D. 48, 10), l. 43 D. 47, 2 d. furt., ersterer ist dem falsum, letzterer dem furtum zugeteilt.

die Täuschung. Er gehört in weiterer Unterscheidung speziell zu den Vermögensverschiebungsdelikten, welche eine Verschiebung von Vermögensbestandteilen bezielen. Er zeigt also eine Ab-

Der neu eingeführte Stellionat läßt diese kasuistischen Bestimmungen über Betrug beim furtum resp. falsum und ergreift nur diejenigen Fälle, die einer anderen Deliktsart noch nicht eingeordnet waren. So hat er die Stellung eines subsidiären Rechtsmittels, subsidiär hauptsächlich dem furtum und falsum.

Bestritten ist im römischen Recht, ob das crimen extraordinarium stellionatus ein Vermögensdelikt ist, doch ist diese Eigenschaft aus der Gleichstellung desselben mit der a. doli in D. 47, 20, 3 § 1 zu folgern; so Merkel a. a. O. S. 3, Binding a. a. O. S. 338, Köstlin a. a. O. S. 216. Der Streit ist hervorgerufen durch die Unklarheit dieser maßgebenden Stelle, wo von einem Angriffe des Stellionats auf das Vermögen keine Rede ist.

Die deutschen Volksrechte vermengen den Betrug vollständig mit dem Fälschungsverbrechen. Daher sind reine Betrugsfälle, die eben nur eine Vermögensbeschädigung aufweisen, selten; ausführlich darüber Köstlin a. a. O. S. 128, auch Rotering in G.S. Bd. 60 S. 243.

Das Mittelalter war für die Ausbildung des Betrugs zum Vermögensdelikt ebenso unfruchtbar wie die Vorzeit. Die Vermengung des Betrugs mit der Fälschung bleibt bestehen. Ein Beispiel dafür ist die oft zitierte CCC Art. 113.

Jedoch neigt man bereits zu einer Trennung der Delikte. So entsteht die allerdings irrtümliche Meinung, daß die Fälschung im deutschen Sinne bloß Sachen zum Objekt haben könne; also nur Sachen würden gefälscht, die Person werde betrogen. Diese Meinung ist vertreten von Temne, Osenbrüggen, Brackenhöft, siehe darüber Köstlin a. a. O. S. 128, Rotering a. a. O. S. 243.

Die gemeinrechtliche Periode, bis ins 19. Jahrhundert hineinreichend, zeigt einen Zustand weitgehender Verwirrung und Unklarheit, der zur „Verschmelzung" des Betrugs mit der Fälschung führt. Derselbe verliert seinen Charakter als Vermögensdelikt. Man konstruiert ein Recht auf Wahrheit, welches nunmehr seine strafrechtliche Grundlage bildet und gelangt zu dem Ergebnis, daß „der Betrug eine Form zur Begehung aller möglichen Verbrechen unter anderen auch todeswürdiger sei", so wörtlich Köstlin a. a. O. S. 140, vergl. auch Merkel a. a. O. S. 2.

Erst das vorige Jahrhundert hat die „vage" Konstruktion eines Rechts auf Wahrheit erkannt und dem Betrug seine Eigenschaft als Vermögensdelikt zurückgegeben.

Auf dem Boden der abgeschlossenen Begriffsentwicklung steht das Reichsstrafgesetzbuch in § 263 ff.

wendung von Vermögensobjekten auf der einen Seite und eine Zuwendung derselben auf der anderen.[2])

Dementsprechend begreift die Bereicherungsabsicht bei ihm nicht nur die Entziehung der Vermögensgegenstände, sondern auch deren Zuwendung, d. h. der irgendwie erstrebte Vermögenszuwachs muß als zweiter Akt der Vermögensverschiebung gedacht und gewollt sein.

Nur dem Verkehrsbedürfnis wird Sorge getragen, wenn das Gesetz die Betrugshandlung schon mit der zugefügten Vermögensbeschädigung als vollendet ansieht.[3])

Neben dem Betrug gibt es aber noch andere Vermögensverschiebungsdelikte, zu denen auch Diebstahl und Unterschlagung gehören. Bei diesen ist die Vermögensverschiebung eine Sachverschiebung; der Enteignung auf der einen Seite entspricht die Zueignung auf der anderen. Da nun die Verschiebung von beweglichen Sachen den einfachsten, den Originalfall der Vermögensverschiebung darstellt, so wird das Betrugsdelikt sich nur zu oft dieser Art der Verschiebung bedienen, und in der Praxis wird gerade ein besonders starkes Rivalisieren des Betrugs mit Diebstahl und Unterschlagung zu beobachten sein.

Vorliegende Arbeit hat sich nun zur Aufgabe gemacht, das Verhältnis des Betrugs zu Diebstahl und Unterschlagung zu beleuchten, wie es sich in der Theorie ausnimmt und in der Praxis gestaltet. Besonders in letzterer hat das Nebeneinandertreten dieser Delikte zu den widersprechendsten Würdigungen solcher Mischfälle geführt. Fast unüberwindliche Schwierigkeiten haben sich dabei gezeigt, die eben wieder beweisen, wie sehr Praxis und Theorie auseinandergehen.

Alle diese verschiedenen Auffassungen solcher Mischfälle zu erörtern, ist freilich ein Ding der Unmöglichkeit, jedoch sollen die hauptsächlichsten einer kritischen Würdigung unterworfen sein.

Bei jeder systematischen Darstellung ist es aber unerläßlich, eine Begriffserörterung der zu behandelnden Delikte vorauszuschicken. Denn will man mit Begriffen operieren, so muß

---

[2]) Ähnlich Hegler, Vergleichende Darstellung usw. Bes. Teil Bd. VII S. 407.

[3]) § 263 Str.G.B. bestraft bereits eine Schädigung durch Betrug.

man zunächst über deren rechtliche Bedeutung und Tragweite mit sich einig sein. Auch lassen sich rechtsvergleichende Studien mit Delikten erst dann erfolgreich anstellen, wenn durch die Vornahme ihrer Begriffsumgrenzung das zu behandelnde Gebiet feste Grenzen erhalten hat, anderenfalls könnte die Erörterung sich ins Bodenlose verlieren. Übrigens ergibt die Begriffsbestimmung der fraglichen Delikte nicht nur das zu behandelnde Gebiet, sondern auch die besonders in Frage kommenden Vergleichungspunkte; so wird auch die Gefahr vermieden, sich bei Nebensächlichkeiten aufzuhalten.

A. Allgemeiner Teil.

I. Der Betrugsbegriff.

Die Bestimmungen über Betrug finden sich in § 263 ff. Str.G.B. § 263 lautet:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängnis bestraft . . . . ."

Frank definiert den Betrug kurz und treffend als die in rechtswidriger Bereicherungsabsicht durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung.[4]) Diese knappe Definition bedarf einer eingehenden Erläuterung.

Charakteristisch ist dem Betrugsbegriff besonders die Täuschungshandlung. Sie besteht in einer Täuschung über Tatsachen. Der Begriff der Tatsache umfaßt alles, was als Ereignis in die Wirklichkeit getreten und wirklich vorhanden ist, also alles Geschehene und Seiende.[5])

[4]) Frank, Strafgesetzbuch § 263 I.

[5]) Rommel, Betrug (1894) S. 18, Liszt, Lehrbuch S. 476 Nr. 1, Olshausen, Kommentar z. Str.G.B. § 263 Nr. 3, § 131 Nr. 2, Groß, Raritätenbetrug (1901) S. 168;

Die Handlung des Täuschenden kann sein ein Vorspiegeln falscher und ein Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen. Auf die Täuschungsmittel einzeln einzugehen, dürfte zu weit führen.[6]) Jedenfalls sei bemerkt, daß überall ein aktives irreleitendes Verhalten des Betrügers vorliegen muß, das auch durch konkludente Handlungen erfolgen kann.

Das Ziel der Täuschung ist die Erregung und Unterhaltung eines Irrtums in der Person des Dritten. Irrtum bedeutet eine positive, dem wahren Sachverhalte widersprechende Vorstellung von einem Tatumstande. Beim Mangel jeglicher Vorstellung von seinem Dasein kann von einem Irrtum nicht die Rede sein.[7])

R.G.E.: Bd. 4 S. 232, Bd. 13 S. 138, Bd. 22 S. 158, Bd. 24 S. 387, Bd. 41 S. 193; —

dagegen faßt Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 346 unter Tatsache alles, „was gewußt werden kann", also auch zukünftiges; —

im Gegensatz zu ihm beschränkt Merkel, H.H. Bd. 3 S. 753 den Begriff nur auf gegenwärtige Verhältnisse. —

Aber nur alles Wahrnehmbare ist Tatsache, nicht also das, was auf Grund einer Denktätigkeit erkannt wird, so Werturteile, Meinungsäußerungen usw.; sie sind rein subjektiver Natur; vergl. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 6, Frank a. a. O. § 263 II 1 b und Hegler a. a. O. S. 420.

Dagegen ist die Behauptung, eine Absicht oder Ansicht gehabt zu haben, Gegenstand einer Tatsache. Eine solche Tatsache ist eine innere; siehe so Binding a. a. O. Bd. 1 S. 347, Heilbronner, Unterdrückung wahrer Tatsachen (1898) S. 9 ff., Meyer-Allfeld, Lehrbuch S. 541, Frank a. a. O. § 263 II 1 b α, Friedsam, Begriff der Tatsache S. 32, 72 ff., Liszt a. a. O. S. 348, Zimmermann, G.S. Bd. 29 S. 142, Oppenhoff-Delius, Str.G.B. (1901) Nr. 39, 41 z. § 263, Groß a. a. O. S. 172/184; —

R.G.E.: Bd. 1 S. 305, Bd. 3 S. 142, Bd. 24 S. 216, Bd. 30 S. 333 u. a. . . .; —

abweichend Hälschner, gem. deutsch. Strafr. Bd. 2 S. 262 und Schwarze a. a. O. § 263 Nr. 12, sie beschränken den Tatsachenbegriff auf äußere Tatsachen.

[6]) Der Vorentwurf, Bes. T. § 276 S. 761 hat die einzelnen Täuschungsmittel zweckmäßig in den Begriff „arglistige Täuschung" zusammengefaßt.

[7]) Vergleiche hierzu Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 2, Frank a. a. O. § 263 III, Liszt a. a. O. S. 476, Binding a. a. O. Bd. 1

Die Täuschungshandlung muß die Person des Dritten in die irrige Vorstellung versetzt haben. Deshalb genügt die Benutzung und Ausbeutung eines schon vorhandenen Irrtums nicht.[8])

Liegt auf seiten des Dritten bereits ein Irrtum vor, so kann die Täuschungshandlung auf Unterhaltung desselben gehen.[9])

Das Ziel der Täuschung ist die Versetzung in den irrtümlichen Zustand, insofern muß erstere für letztere kausal sein.[10])

Aus dem Irrtumszustand soll die Vermögensbeschädigung hervorgehen. Es ist natürlich, daß ein Irrtum dieselbe unmittelbar nicht herbeiführen kann. Aber er kann sie mittelbar verursachen, indem der Dritte auf Grund der irrtümlichen Vorstellung ein bestimmtes Verhalten beobachtet, das die erstere hervorruft. Das Verhalten des Irrenden stellt eine Vermögensdisposition dar, die das Bindeglied zwischen der Täuschungshandlung und der Vermögensbeschädigung bildet. Sie ist eine Verfügung über Vermögenswerte, also eine Veräußerung im weiten Sinne. Die Vermögensdisposition ist in der verschiedensten Form denkbar und kann auch in einer Unterlassung bestehen. Nicht er-

---

S. 349 Anm. 4, Hegler a. a. O. S. 423, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 541, Rotering i. G.S. Bd. 60 S. 272; —

R.G.E. Bd. 42 S. 40, R.M.G.E. Bd. 5 S. 76 (85); letztere unterscheidet scharf zwischen error und ignorantia facti; —

anderer Meinung Lukas, Anleitung zu strafrechtlicher Praxis Bd. 2 S. 347, denn „der Betrogene irre, weil er eine Negative annimmt, wo in der Tat eine Positive vorhanden ist".

[8]) Dieser Meinung: Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 2, b, Frank a. a. O. § 263 III 1, Hegler a. a. O. S. 243, Liszt a. a. O. S. 472, Binding a. a. O. S. 349, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 56, Merkel a. a. O. Bd. 3 S. 752; —

R.G.E.: Bd. 14 S. 318, Bd. 20 S. 332, Bd. 25 S. 96, Bd. 36 S. 114.

[9]) Darunter ist ein aktives Verhalten zu verstehen, das den irrtümlichen Zustand hinzieht und verzögert.

[10]) Gleichgültig für den Kausalzusammenhang ist, ob der Täuschung durch die Fahrlässigkeit des Getäuschten Vorschub geleistet wird. Siehe Binding a. a. O. Bd. 1 S. 350, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 261, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 17; — G. Arch. Bd. 53 S. 174.

forderlich ist, daß eine Verfügung über Vermögensrechte getroffen werde.[11])

Da das Gesetz sich nicht darüber ausläßt, wer der Getäuschte sein müsse, so folgt daraus, daß dieser und der Geschädigte nicht identisch zu sein brauchen, wenn nur durch die Verschiedenheit der Personen der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Schädigung nicht bedroht wird.[12])

Die Verfügung des Getäuschten hat die Vermögensbeschädigung im Gefolge. Er selbst führt also letztere herbei. Der Betrüger respektiert dennach den Willen des Betroffenen,[13]) allerdings nur scheinbar, da dieser Wille doch irgendwie unfrei ist. Denn durch die Täuschung wird gegen den wahren, wirklichen Willen des Verfügenden verstoßen.

Das Gesetz erfordert als Betrugserfolg die Vermögensbeschädigung auf seiten des Betroffenen. Vermögen ist der ganze in Geld abschätzbare Gütervorrat, über den jemand verfügen kann.[14]) Eine Schädigung desselben besteht in der

---

[11]) Es kann die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit ausreichen, z. B. der Gewahrsam; so Liszt a. a. O. S. 472, Schwarze a. a. O. § 263 Nr. 27, Gryziecki, Betrug S. 108, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 269, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 26, Oppenhoff=Delius a. a. O. § 263 Nr. 34, Hegler a. a. O. S. 425; —

dagegen verlangen eine rechtliche Verfügungsmöglichkeit: Merkel a. a. O. Bd. 3 S. 763, Betrug S. 329, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 345 und Frank a. a. O. § 263 V 3 a. Trotzdem räumt Binding S. 346 ein, daß ganz vereinzelt die tatsächliche Bereicherung genügen könne, und nimmt Merkel bes. Krim.=Abh. Bd. 2 S. 198 ff. und H.H. Bd. 3 S. 764 den Gewahrsam von dem vertretenen Grundsatze aus.

[12]) So Frank a. a. O. § 263 VI 2, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 16, Meyer=Allfeld a. a. O. S. 481, Liszt a. a. O. S. 473; — R.G.E.: Bd. 3 S. 476, Bd. 11 S. 236, Bd. 40 S. 41, Bd. 51 S. 189; — Merkel, Lehrb. S. 329, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 345, Hegler a. a. O. S. 430 fordern für den Verfügenden noch ein Recht, den Geschädigten zu vertreten.

[13]) Vergl. Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 248 ff., Merkel, Abh. Bd. 2 S. 192, 195, Köstlin, Abh. S. 120, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 344, Meyer=Allfeld a. a. O. S. 473, Liszt a. a. O. S. 471, Rotering in G. Arch. Bd. 47 S. 423 Anm. 3.

[14]) Ähnlich Frank a. a. O. § 263 V, mit ihm die herrschende Meinung; — nach Binding genügt die „Rechtsschädigung", auch wenn

pekuniären Verminderung des Vermögensbestandes vor der Disposition.[15])

Wenn bei der Vermögensumkehr infolge der Verfügung ein Vermögenswert erlangt wird, so muß derselbe dem Vermögensschaden zur Abrechnung gegenüber gestellt werden. Hebt er die Schädigung auf, so ist ein die Vermögensbeschädigung ausschließender Ausgleich vorhanden, und ein Betrug kann nicht angenommen werden.[16])

Die Vermögensbeschädigung kann den verschiedensten Inhalt haben, für die vorliegende Bearbeitung interessiert besonders der Fall der Besitzübertragung. In der Theorie erkennt wohl die Majorität der Ansichten dem Gewahrsam die Eigenschaft eines geldwerten Gutes, also Vermögensbestandteiles zu,[17]) dessen

---

das Vermögen dadurch wirtschaftlich aufgebessert ist, B. a. a. O. Bd. 1 S. 237 ff.

[15]) So die meisten Autoren; außer Frank a. a. O., Liszt a. a. O., Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 18, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 250 ff., Meyer-Allfeld a. a. O. S. 480, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 758 f., 766 f, Bd. 4 S. 432 ff., Abh. Bd. 2 S. 103 ff., 228 ff.; — R.G.E.: Bd. 16 S. 1 ff., Bd. 17 S. 234 u. and.

[16]) So die herrschende Meinung: Liszt a. a. O. S. 471, Frank a. a. O. § 263 V, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 22, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 480, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 250 ff., Merkel a. a. O. Bd. 3 S. 766, Lehrb. S. 329, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 16. — Bei Vergleichung des Werts und Gegenwerts können die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen berücksichtigt werden, niemals jedoch der Affektionswert. Als Ausgleich kann besonders ein Forderungsrecht dienen, aber nicht der Schadensersatzanspruch auf Grund des Betrugs als unerlaubter Handlung; denn letzterer wird nicht unmittelbar von der Vermögensdisposition ausgelöst, sondern ist nur gesetzliche Folge, die an den Betrug als Delikt geknüpft ist; so Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 22, Frank a. a. O. § 263 V 2, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 255, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 5 a, 16, Rotering a. a. O. S. 269; — R.G.E. Bd. 1 S. 60; — Merkel a. a. O. Bd. 3 S. 766 sieht in jedem realisierbaren Recht ein Äquivalent, also auch im Schadensersatzanspruche.

[17]) D. A. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 29, Hegler a. a. O. S. 429, Merkel, Abh. Bd. 2 S. 198 ff., H. Meyer, Lehrb. S. 708, auch Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432 ff. und Gryziecki a. a. O. S. 113; die beiden letzten lehnen den Betrug „um den Gewahrsam" nur wegen Konsumtion ab; — in konstanter Rechtsprechung das R.G.; vergl. besonders R.G.E. Bd. 1 S. 55, Bd. 15 S. 426 ff.

Entziehung eine Vermögensbeschädigung darstellt. Dagegen müssen alle diejenigen Meinungen, welche für die Vermögensbeschädigung des Betrugs den Übergang eines Vermögensrechts auf den Betrüger fordern, in solchen Fällen zur Ablehnung des Betrugs gelangen.[18])

Abzulehnen ist, daß schon die bloße Gefährdung des Vermögens einen wirklichen Schaden herbeiführen kann.[19])

Auf der subjektiven Seite des Betrugs wird erfordert zunächst der Vorsatz. Dieser muß die objektiven Betrugsbestandteile umfassen und sich dieselben im Kausalzusammenhange denken, alle hinarbeitend auf den Enderfolg: die Täuschungshandlung bringt den Irrtumszustand hervor, der wieder die Vermögensdisposition erzeugt; letztere hat die Vermögensverschiebung im Gefolge, welche die Vermögensbeschädigung verursacht.

Zum Vorsatz genügt der Dolus eventualis, welcher den Eintritt des Betrugserfolges nur bedingungsweise will.[20])

Der Betrug ist ein Bereicherungsdelikt, daher erfordert der Dolus des Betrügers noch die „Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen". Die Bereicherungsabsicht ist keineswegs als selbständiges Erfordernis neben den Dolus zu stellen, sondern sie bildet nur einen Bestandteil desselben. Der Betrüger muß demnach den Vorsatz haben, sich oder einen Dritten durch das Mittel der Täuschung zu bereichern.[21])

---

[18]) Also Binding a. a. O. Bd. 1 S. 354, Bar, G.S. Bd. 40 S. 492 ff., Merkel a. a. O. Bd. 3 S. 763, Rotering, G. Arch. Bd. 47 S. 428/9; vergl. oben S. 11 Anm. 11.

[19]) Denn die Gefährdung ist noch ein ungewisser Schwebezustand, ob der Schaden eintreten wird oder nicht, so Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 20, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 480, Hegler a. a. O. S. 430, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 360, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 763 Nr. 6, Schwarze a. a. O. § 263 Nr. 6; —

dagegen kann durch Einwirkung der Gefährdung mittelbar ein Schaden hervorgerufen werden; vergl. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 18.

[20]) D. A. Frank a. a. O. § 263 VII, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 42, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 361, Hegler a. a. O. S. 431.

[21]) So fast wörtlich Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 42, ebenso Frank a. a. O. § 263 VII 3, Hegler a. a. O. S. 432; dagegen siehe Binding, Normen Bd. 2 S. 564.

Die Bereicherung liegt in dem Verschaffen eines Vermögensvorteils. Durch ihn wird das Vermögen, welches bereichert werden soll, günstiger gestaltet, in seinem Gesamtwerte erhöht.[22]) Im übrigen kann der pekuniäre Vorteil mannigfachen Inhalt haben. Für die vorliegende Abhandlung interessiert besonders die Erlangung des Gewahrsams als Vorteil.[23])

Vermögensbeschädigung und Vermögensvorteil müssen zueinander in einem korrespondierenden Verhältnisse stehen. Sie bilden die beiden Teile der Vermögensverschiebung, deren erster die Schädigung, deren letzter die Zuwendung des Vorteils bezweckt. Daher müssen beide im Kausalzusammenhange miteinander stehen, ausgelöst sein durch dieselbe Vermögensdisposition. Nur zu oft wird dieses Erfordernis in Theorie und Praxis verkannt.[24])

Damit hängt zusammen, daß dem wirtschaftlichen Nutzen auf der einen Seite der wirtschaftliche Schaden auf der anderen gegenüberstehen muß. Jedoch braucht der pekuniäre Schätzungs-

[22]) Vergl. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 43, Frank a. a. O. § 263 VII, Liszt a. a. O. S. 474, Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug S. 23 ff., Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 272, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 730; —

R.G.E.: Bd. 2 S. 352, Bd. 17 S. 234 ff.

[23]) D. A. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 44, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 474, Rommel a. a. O. S. 72, Hegler a. a. O. S. 432 Anm. 4; —

R.G.E.: Bd. 1 S. 55 ff., Bd. 15 S. 427 ff., G. Arch. Bd. 47 S. 356; —

anderer Meinung: Binding a. a. O. Bd. 1 S. 355, denn der Gewahrsam ist kein Recht; vergl. oben S. 11 Anm. 11.

[24]) So: Binding a. a. O. Bd. 1 S. 364, Frank a. a. O. § 263 VII 3, Merkel, Abh. Bd. 2 S. 118, H.H. Bd. 3 S. 773, Rotering, G. Arch. Bd. 47 S. 427 ff., Meyer-Allfeld a. a. O. S. 482, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 274, Hegler a. a. O. S. 433; —

dagegen behauptet das R.G. und Olshausen, daß die Bereicherungsabsicht und die Vermögensbeschädigung nur im mittelbaren Zusammenhange zu stehen brauchen; R.G.E. Bd. 6 S. 463, Bd. 27 S. 222, G. Arch. Bd. 38 S. 204, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 50; —

Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 12, 60, Rommel a. a. O. S. 92 f., Jehle a. a. O. S. 29 ff. gehen sogar so weit, daß sie jeden beliebigen Zusammenhang zwischen Vermögensbeschädigung und Vermögensvorteil genügen lassen.

wert des Schadens dem Geldwert des Nutzens nicht zu entsprechen.[25])

Was noch die Bereicherungsabsicht selbst anbetrifft, so ist sie nicht etwa leitendes Motiv der ganzen verbrecherischen Handlung,[26]) sondern eben der konkrete Inhalt des Betrugsdolus.

Der erstrebte Vermögensvorteil muß rechtswidrig sein. Was man unter Rechtswidrigkeit versteht, darüber gehen die Meinungen auseinander. Das Wesen derselben liegt in der Täuschung, denn durch diese wird ein Vorteil erlangt, auf dessen Erlangung einmal kein rechtlicher Anspruch besteht, und zu welchem man dann noch in einer der Rechtsordnung widersprechenden Weise gelangt, indem man ihn wider den wahren Willen des Betroffenen erwirbt.[27]) Der Betrüger muß das Bewußtsein von dieser Rechtswidrigkeit gehabt haben.

II. Die Begriffe des Diebstahls und der Unterschlagung.

Für den Begriff des Diebstahls ist § 242 Str.G.B., für denjenigen der Unterschlagung § 246 Str.G.B. maßgebend. Nach § 242 Str.G.B. begeht einen Diebstahl, „wer eine fremde be-

---

[25]) So Binding a. a. O. Bd. 1 S. 340, Frank a. a. O. § 263 VII 3, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 50, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 761 Anm. 2, S. 772, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 482, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 269 ff., Hegler a. a. O. S. 433, 445, 449.

[26]) Ebenso Frank a. a. O. § 263 VII 3, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 49, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 10, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 365, Hegler a. a. O. S. 434. —

In der Literatur werden für die „gewinnsüchtige Absicht" oft Ausdrücke verwandt, die mit Motiv gleichbedeutend sind; so Rotering, G.A. Bd. 47 S. 429, Kronacher, Ist die Zechprellerei Betrug (1906) S. 24 ff., Liszt a. a. O. S. 474; R.G.E. Bd. 22 S. 172 („Triebfeder").

[27]) Diese Ansicht vertreten insbesondere Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 45, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 772, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 273, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 364, Hegler a. a. O. S. 435, Liszt a. a. O. S. 474, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 475, auch Frank a. a. O. § 263 VII 3, Waag, G.S. Bd. 31 S. 250; Binding, Frank und Waag wollen dabei eine Abhängigkeit vom Privatrecht statuieren.

Das R.G. in E. Bd. 5 S. 353, Bd. 11 S. 257, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 6 verlangen nur, daß auf den Vorteil kein rechtlicher Anspruch bestehe.

wegliche Sache in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen",

nach § 246 Str.G.B. eine Unterschlagung, „wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet".

Beide Delikte erfordern als Objekt eine bewegliche Sache,[28]) welche dem Täter fremd sein, d. h. im Eigentume eines anderen stehen muß.[29])

Die Handlung des Diebstahls ist aber ganz verschieden von der Handlung der Unterschlagung. Erstere besteht in der Wegnahme einer Sache, wozu Voraussetzung ist, daß dieselbe im Gewahrsam einer vom Täter verschiedenen Person steht. Bei der Unterschlagung dagegen befindet sich das Objekt im Gewahrsam des Täters.

Diebstahl und Untersuchung haben also miteinander gemein, daß sich der Angriff bei ihnen gegen eine fremde Eigentumssphäre richtet, während aber ersterer sein Objekt auch noch im fremden Gewahrsam sucht, liegt bei letzterer das faktische Herrschaftsverhältnis beim Täter. § 242 Str.G.B. garantiert also Eigentums- und Besitzesschutz, wogegen § 246 Str.G.B. nur ersteren bezweckt.

Binding zerlegt praktisch den Diebstahlsbegriff in zwei Normen, deren eine die rechtswidrige Aneignung, deren andere den Gewahrsamsbruch verbietet. Die erste Norm bildet den

---

[28]) Der strafrechtliche Begriff „Sache" stimmt mit dem zivilrechtlichen in § 90 B.G.B. überein; vergl. Bülow. G. Arch. Bd. 45 S. 320, R.G.E. Bd. 29 S. 111.

[29]) Für den Eigentumsbegriff ist das Zivilrecht maßgebend, ein sog. „kriminalistisches Eigentum" gibt es nicht; vergl. Harburger, Vergleichende Darst. Bd. 6, Bes. T. S. 194, auch viele R.G.E., z. B. E. Bd. 1 S. 343, Bd. 2 S. 65, Bd. 3 S. 150, Bd. 5 S. 4, Bd. 21 S. 346, Bd. 39 S. 414, G. Arch. Bd. 48 S. 129; —

Eckstein, G.S. Bd. 80 S. 286 konstruiert ein strafrechtliches Eigentum und entlehnt es ganz aus dem Zivilrecht. Nach ihm besteht der Unterschied zwischen beiden Arten von Eigentum darin, daß das zivilrechtliche mit Rechtsschutz ausgestattet ist. Diese Konstruktion ist verfehlt, weil das Eigentum nur auf der Seite des Rechts entstehen und bestehen kann.

Inhalt der Unterschlagung; freilich bleibt die zweite Norm „wegen Besitzverletzung" straflos.[30])

Was den Begriff des Gewahrsams anbetrifft, so versteht man darunter: Die vom Herrscherwillen getragene tatsächliche Herrschaft über die Sache.[31])

Mitgewahrsam verschiedener Personen an derselben Sache ist durchaus denkbar und von der herrschenden Meinung anerkannt.[32])

[30]) Binding, Normen Bd. 1 S. 213; — auch Rotering, G. Arch. Bd. 47 S. 245, der die Unterschlagung vom Diebstahl unterscheidet „durch ein negatives Moment, daß die Spitze zugleich nicht gegen das Rechtsgut des Besitzes gerichtet sein darf".

[31]) So wörtlich Liszt a. a. O. S. 424; — das R.G. und seine Anhänger erklären das bloße physische Vermögen, über die Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, für ausreichend; R.G.E.: Bd. 5 S. 42, Bd. 42 S. 218, S. 222, Bd. 23 S. 71; ebenso Berner, Lehrb. S. 555, Lukas a. a. O. S. 329, Schütze, Lehrb. a. a. O. S. 427, Oppenhoff-Delius a. a. O. § 242 Nr. 16, Rubo, Kommentar § 242 Nr. 8, Goldschmidt, G. Arch. Bd. 47 S. 353; dagegen verlangt die gemeine Meinung zum Gewahrsamsbegriff noch den Herrschaftswillen; so Binding a. a. O. Bd. 1 S. 286, Normen Bd. 2 S. 547, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 284, Liszt a. a. O. S. 424 (8), Merkel, H.H. Bd. 3 S. 639, 641, H. Meyer a. a. O. S. 551, Frank a. a. O. § 242 Nr. 4, Rüdorff, Str.G.B. § 242 Nr. 7, Kapff, Unterschlagung S. 60, Rotering G.S. Bd. 35 S. 356, 364, Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 16, Meyer-Allfeld a. a. O. § 89. — Nur in E. Bd. 2 S. 232 spricht das R.G. von einem „rein tatsächlichen Willenszustand des bisherigen Inhabers". Mehr wie ein rein tatsächlicher Wille ist aber auch nicht erforderlich; vergl. Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 16, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 644, Liszt a. a. O. S. 428.

[32]) So Liszt a. a. O. S. 429, Frank a. a. O. § 242 IV, Merkel, H.H. Bd. 3 S. 369 Nr. 3, Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 19, Meyer-Allfeld a. a. O. § 89 S. 455, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 288, Rotering, G. Arch. Bd. 47 S. 257; — R.G.E.: Bd. 2 S. 1, Bd. 21 S. 16, Bd. 30 S. 88, Bd. 29 S. 209 u. and. — Oppenhoff a. a. O. § 242 Nr. 21, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 289, Goldschmidt, G. Arch. Bd. 47 S. 356 Nr. 22, S. 358, lehnen den Begriff des Mitgewahrsams aus verschiedenen Gründen ab.

Ein Bruch des Mitgewahrsams stellt einen Diebstahl dar, weil durch ihn die alleinige Herrschaft über das Objekt erlangt wird; vergl. Liszt a. a. O. § 127 S. 426, Merkel, Lehrb. S. 319, Frank a. a. O. § 242 IV, Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 19, Meyer-Allfeld a. a. O. § 89 S. 455, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 288, Rotering a. a. O. S. 457.

Der Diebstahl ist vollendet mit der Wegnahme, also mit dem Bruch des Gewahrsams.[33]) Die Wegnahme muß erfolgen in der Absicht, „die Sache sich rechtswidrig zuzueignen“, mithin als Mittel zur rechtswidrigen Zueignung dienen.[34])

Die Besitzergreifung ist aber nicht vorbereitende Handlung für die Zueignung, welche neben ihr erfolgen soll, wenn sie auch zugleich mit ihr erfolgen kann, sondern sie ist eine Betätigung des Aneignungswillens, also Aneignungsakt selber. Der Diebstahl ist demnach nicht eine versuchte, sondern, wie die Unterschlagung, eine vollendete rechtswidrige Zueignung.[35])

---

[33]) Allgemein anerkannt ist die Apprehensionstheorie, nach welcher der Täter den Gewahrsam erlangen muß, so Frank a. a. O. § 242 IV, Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 24, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 292, Liszt § 127 S. 426. — Abzulehnen sind die Kontrektationstheorie (bloßes Berühren der Sache), Ablationstheorie (Verbringung vom Orte der Tat), Illationstheorie (Bergung der Sache).

[34]) Über das Verhältnis der Wegnahme zur Zueignung herrscht in der Thorie die größte Unstimmigkeit. Die herrschende Meinung faßt den Diebstahl als versuchte Zueignung auf; so Merkel, H.H. Bd. 3 S. 648, 695, Binding, Normen Bd. 2 S. 551; letzterer findet das Wesen des Diebstahls in einer Konkurrenz von vollendeter Besitzentwendung und versuchter Aneignung. Seine Ansicht hat viele Anhänger gewonnen und ist zur herrschenden geworden; vergl. Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 24, Liszt a. a. O. S. 410, 417, Rotering, G.S. Bd. 35 S. 351, Harburger a. a. O. S. 209, auch d. R.G. — Binding hat neuerdings seinen Irrtum eingesehen und widerrufen, vergl. Lehrb. Bd. 1 S. 255 Anm. 3.

[35]) Denn die Zueignung ist die Herstellung eines Herrschaftsverhältnisses, welches eine der Eigentumsausübung analoge Behandlung zuläßt, so Binding a. a. O. Bd. 1 S. 268. Das Wesen dieses Herrschaftsverhältnisses liegt in der Möglichkeit, über das Objekt nach Belieben zu verfügen und die Einwirkung anderer auf dasselbe auszuschließen (analog § 903 B.G.B.). Da dem Dieb kein Recht zur Seite steht, so ist ihm das faktische Verhältnis unentbehrliche Voraussetzung zu seinem analogen Eigentum. Verschafft er sich also das Herrschaftsverhältnis durch die Wegnahme, so liegt in dieser Herstellung der äußeren Seite des analogen Verhältnisses die notwendig erste Betonung und Betätigung des Aneignungswillens, so Binding a. a. O. Bd. 1 S. 268, neuerdings bes. Eckstein, G.S. Bd. 80 S. 286, der für den Begriff des strafrechtlichen analogen Eigentumsverhältnisses ganz passend die Voraussetzungen für die Entstehung des zivilrechtlichen Eigentums verwendet, nämlich corpus

Die Unterschlagung ist daher das Grunddelikt, zu dem der Diebstahl die Stellung eines qualifizierten Verbrechens einnimmt.[36]) Alle Aneignungshandlungen, die nicht in einer Besitzergreifung bestehen, bleiben der Unterschlagung vorbehalten, während die Besitzergreifung selbst gerade den Diebstahl charakterisiert und qualifiziert.

Der Zueignungsakt geschieht gegen den offensichtlichen Willen des Betroffenen und hat deshalb eine grobe Willensverletzung desselben im Gefolge.

Der Begriff der Zueignung ist sehr umstritten,[37]) jedoch scheint ihr Wesen sich in der Anmaßung einer eigentumsgleichen Herrschaft über die Sache zu erschöpfen.

Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist gleichbedeutend mit der Verletzung des Eigentumsrechts. Es darf auch kein Rechtfertigungsgrund dieselbe beheben.

---

und animus. Der Dieb hat den animus dominandi, aber noch fehlt ihm corpus, beim Unterschlagenden ist corpus vorhanden, während der animus einer besonderen Betätigung bedarf. Treffend vor allem Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 290.

[36]) Binding a. a. O. Bd. 1 S. 254 nennt die Unterschlagung das Grunddelikt, Diebstahl das einmal, Raub das zweimal geschärfte Aneignungsdelikt. Warum soll in dieser Hinsicht Diebstahl nicht wie Raub behandelt werden!

[37]) Es lassen sich im wesentlichen drei Meinungen aufstellen, von denen die herrschende unter Zueignung die Anmaßung einer eigentumsgleichen Herrschaft versteht; so Merkel, H.H. Bd. 3 S. 648, Liszt a. a. O. S. 431, Binding a. a. O. Bd. 1 S. 268, Olshausen a. a. O. § 242 Nr. 28, H. Meyer a. a. O. S. 553, Rotering, G.S. Bd. 36 S. 527; — R.G.E.: Bd. 2 S. 26, Bd. 4 S. 405, Bd. 5 S. 7, 220, Bd. 11 S. 14, Bd. 12 S. 89, Bd. 21 S. 17, Bd. 24 S. 23.

Eine zweite Auffassung geht dahin, zur Zueignung die Einverleibung der fremden Sache in das eigene Vermögen zu verlangen, so Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 291, Rüdorff a. a. O. § 242 Nr. 14, Dörr, Objekt der Vermögensdelikte S. 151 ff. und R.G.E. Bd. 35 S. 356, sei es auch nur ihrem wirtschaftlichen Werte nach, so Frank a. a. O. § 242 VII 2.

Die neueste Ansicht von Gleispach versteht unter Aneignung jede Handlung, durch welche die Sache zu ausschließlichem Genusse gewonnen wird; Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen S. 17.

Für die subjektive Seite der beiden Eigentumsdelikte gilt, daß der Zueignungsakt, beim Diebstahl also die Wegnahme der Sache, vom Vorsatz umfaßt sein muß. Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß die Sache eine fremde und die Zueignung eine rechtswidrige ist.[38])

Das Verhältnis zwischen dem Dolus „wegzunehmen" und der Zueignungsabsicht beim Diebstahl ist dahin festzustellen, daß ersterer der letzteren als Mittel zu ihrer Verwirklichung dient.[39])

Also ist der Diebstahl eine Abart der Unterschlagung. Sein Verhältnis zum Betrug wird sich im allgemeinen ebenso gestalten wie dasjenige der Unterschlagung zu diesem. Was über die Konkurrenz des Betruges hinsichtlich der Unterschlagung zu sagen ist, das gilt auch für den Diebstahl.

Gehen wir nunmehr zur Behandlung der Konkurrenz zwischen den fraglichen Delikten über und rücken wir zunächst die Idealkonkurrenz zwischen ihnen in den Mittelpunkt der Betrachtung.

B. Besonderer Teil.

Das Verhältnis des Betrugs zu den beiden Eigentumsdelikten.

I. Idealkonkurrenz der Delikte.

§ 1. Ihre begriffliche Gegensätzlichkeit.

Idealkonkurrenz im Sinne des § 73 Str.G.B. liegt vor, „wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt . . . ." Eine andeutungsweise Behandlung dieses Begriffs wird nicht zu umgehen sein.

---

[38]) Der große Streit zwischen den Anhängern der Willens- und denjenigen der Vorstellungstheorie ist wohl ausgeglichen; vergl. hierzu Liszt a. a. O. § 39, Finger a. a. O. Bd. 1 S. 257, Beling, Lehre vom Verbrechen S. 45 ff.

[39]) So zutreffend Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 290: „Der Tatbestand des Diebstahls erfordert vielmehr wesentlich, daß der Vorsatz wegzunehmen selbst bestimmt sei durch die Zueignungsabsicht, daß die vorsätzliche Tätigkeit verübt werde als Mittel zum Zweck der Zueignung." Vergl. oben S. 18 Anm. 35.

Das Wesen der Idealkonkurrenz liegt in der Begehung mehrerer Verbrechen, die zu einer einheitlichen Handlung verbunden sind.[40]) Durch eine Handlung müssen mehrere Strafgesetze verletzt sein. Die dabei entfaltete einheitliche Tätigkeit kann namentlich in nur einem realen Erfolge gipfeln, welcher strafrechtlich mehrfach zu würdigen ist, oder sie kann mehrere reale Erfolge herbeiführen, die jedoch in gewissem Sinne gleichartig sein müssen.[41])

Letzterer Fall kommt bei der Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Unterschlagung (Diebstahl) in Betracht, denn der Betrugs- und Aneignungserfolg sind zwei nebeneinander bestehende Reale. Beide Erfolge sind aber von gleicher Art, weil sie beide eine Vermögensbeschädigung enthalten; beide Delikte sind eben Vermögensdelikte.

Jedoch, der Betrug „findet statt nicht bloß mittelst Erlangung einer körperlichen Sache, sondern auch in Hinsicht auf Entstehung und Erlöschung von Forderungsrechten und vertragsmäßige Verbindlichkeiten", die Unterschlagung dagegen „ist darin dem Diebstahle gleich, daß sie als Objekt eine Sache fordert, an welcher körperlicher Besitz möglich ist".[42]) Dem Betrug steht also als Angriffsobjekt das ganze Vermögen zu Gebote, während die Unterschlagung nur eine „Sachentziehung" bezielt. Da nun die Einheit der Handlung eine Dualität von inhaltlich verschiedenen Verbrechenserfolgen nicht zuläßt, so wird die Möglich-

---

[40]) So die herrschende (objektive) Meinung: Beling a. a. O. S. 321, Merkel, Vergleichende Darst. Bd. 5 Allg. T. S. 270, 272, 274, Bar, Gesetz und Schuld Bd. 3 S. 524, Merkel, Lehrb. S. 217, Buri, Einheit und Mehrheit S. 1 u. 2, Binding, Handbuch S. 565 ff., Frank a. a. O. § 73 II, Olshausen a. a. O. § 73 Nr. 2, Meyer-Allfeld a. a. O. S. 330.

Die gegnerische (subjektive) Meinung verneint den Begriff der Idealkonkurrenz, da durch eine Handlung nur ein und nicht mehrere Verbrechen begangen werden können; so hauptsächlich Liszt a. a. O. S. 556, Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. 1 S. 159 ff; sie definieren das Verbrechen als schuldhaften Willensakt.

[41]) Siehe Frank a. a. O. § 73 I.

[42]) So bereits Escher, Lehre vom strafbaren Betruge und der Fälschung S. 527. — Vergl. oben S. 11 f. und S. 15 f.

keit der Idealkonkurrenz bedingt durch den Charakter, welchen die Vermögensbeschädigung bei beiden Delikten annehmen muß. Diese wird bei beiden Delikten die Entziehung einer Sache bezielen müssen. Die konkurrierenden Verbrechenserfolge erfordern demnach als gleichartigen Zweck: die Entziehung einer Sache.

Weiter muß auch die beide Erfolge erzielende körperliche Tätigkeit einheitlich sein, d. h. sie muß der Ausdruck des beide Erfolge einheitlich erstrebenden verbrecherischen Willens sein. Letzterer muß die Erfolge in einer Betätigung verwirklichen wollen.

Die Tätigkeit bei der Unterschlagung besteht in dem Zueignungsakt, welcher eine grobe Willensverletzung des Geschädigten enthält.[43])

Bei dem Betruge zerfällt die zu entwickelnde Tätigkeit in zwei Teile: Die Täuschungshandlung und die Vermögensdisposition.[44]) Erstere nimmt der Betrüger vor, letztere der Betrogene selber. Beide Akte der Betrugshandlung streben nach einem und demselben Erfolge hin, so, daß die Disposition erst auf Grund der Täuschung, also erst nach dieser erfolgt.

Verbindet man den ersten Akt der Betrugshandlung, die Täuschung durch den Betrüger, mit der Zueignung, so werden beide Tätigkeiten in derselben Richtung hin wirken können. Ein und derselbe Täter kann sich beider Formen der Begehung in Hinsicht auf einen und denselben Erfolg bedienen. In solchem Falle geht er einmal geraden Wegs auf sein Ziel los, dann sucht er es auf Umwegen zu erreichen. Der Dieb und Unterschlagende bedient sich nur zu oft der Täuschung, welche den Aneignungserfolg irgendwie fördern soll. In der Praxis sind daher bei den Eigentumsdelikten oft solche Täuschungen zu beobachten, sie fallen in der Regel unter den Begriff „Lüge“.[45])

---

[43]) Darüber vergl. oben S. 19.

[44]) Über die Täuschungshandlung vergl. S. 8—10.
Über die Vermögensdisposition vergl. S. 10/11.
Über ihr Verhältnis zueinander vergl. S. 11.

[45]) Vergl. oben S. 5. — Schon beim Diebstahl liegt in dem heimlichen Wegnehmen ein gewisses Maß von täuschendem Verhalten.

Die Verbindung der Täuschungs- und der Aneignungshandlung zu einer einheitlichen Handlung ist also durchaus möglich.[46])

Der zweite Akt der Betrugshandlung ist die Vermögensdisposition; sie soll nunmehr mit der Zueignung in Verbindung gebracht werden.

Ein auffallender Unterschied zwischen den beiden Tätigkeiten springt sofort in die Augen, nämlich, daß die Vermögensdisposition nicht von dem Täter, sondern dem Betrogenen selbst vorgenommen wird. Der Betrüger macht sich ja den Willen des Verfügenden dienstbar, bewirkt durch ihn die Schädigung.[47])

Beim Betruge wirken zwei Willen zur Verwirklichung des Erfolges mit, bei der Unterschlagung nur einer. Bei beiden Delikten ist natürlich der Wille des Verbrechers tätig, beim Betruge aber noch der, wenn auch formelle[48]) Wille des Betrogenen. Die Vermögensbeschädigung bei der Unterschlagung vollzieht sich also gegen den ausgesprochenen Willen des Verletzten, während dieselbe im Betrugsfalle mit seiner Einwilligung, ja durch eigene Tätigkeit herbeigeführt wird.[49])

In dieser Einwilligung[50]) des Verfügenden beim Betruge liegt sein gegensätzlicher Charakter, gegensätzlich der Unter-

---

[46]) Hierzu bemerkt Escher a. a. O. S. 257 treffend:

„Der Betrug erfordert ganz wesentlich das Merkmal einer Täuschung, die Unterschlagung dagegen schließt eine solche nicht notwendig in sich."

[47]) Treffend Binding a. a. O. Bd. 1 S. 344:

„Das dem Betrug Charakteristische ist sein Mittel, den Willen dessen, der über jene Vermögensrechte disponiert, durch Täuschung zum Bundesgenossen des Betrügers zu machen."

[48]) Vergl. oben S. 11 Anm. 13.

[49]) Passend Ortloff, Lüge, Fälschung und Betrug S. 422:

„Während beim Betruge der Wille des zu Betrügenden formell wenigstens respektiert wird, ... wird derselbe bei der Unterschlagung wie beim Diebstahl auch formell nicht geachtet." Vergl. ebenso Escher a. a. O. S. 257/8.

[50]) Diejenige Meinung, welche eine Verfügung über Vermögensrechte zum Betrugstatbestande verlangt, wird noch einen zweiten gegensätzlichen Unterschied zwischen Betrug und den Eigentum-

schlagung, den Eigentumsdelikten überhaupt. Dieser Unterschied macht die fraglichen Delikte zu gegenseitig ausschließenden Begriffen. Wo demnach das eine Platz greift, kann das andere nicht angenommen werden, entweder liegt Betrug allein vor oder nur Unterschlagung. Denn durch die Gegensätzlichkeit der Begriffe wird die Handlungseinheit aufgehoben; gehen wir nun näher darauf ein.

§ 2. Ausschluß der Handlungseinheit.

Bei einer Verbindung des Betrugs mit der Unterschlagung zu einer einzigen Handlung würde die Handlungseinheit zwei widersprechende Willen umfassen, die beide nach ihren entgegengesetzten Richtungen betätigt werden müßten. Der eine Wille, nämlich bei der Unterschlagung, ist gegen den schädlichen Erfolg, der andere, beim Betrug aber, billigt ihn und hilft ihn herbeiführen. Der Verletzte müßte diese verschiedenen Willen in einer einzigen Handlung zur Betätigung bringen, demnach zu gleicher Zeit für und gegen den Erfolg sein, zwei einander widersprechende Willensentschlüsse gleichzeitig zur Ausführung bringen wollen.

Bezeichnet man denjenigen Willen, der mit der Schädigung einverstanden ist — beim Betrug — als positiven, den anderen, welcher sich gegen eine solche sträubt — bei der Unterschlagung (Diebstahl) — als negativen, so sollen der positive und negative Willen im Verein miteinander eine Handlung vollführen. Dies ist aber ein Ding der Unmöglichkeit, denn wollte der positive Wille die Handlung vollbringen, so würde er jedesmal durch den negativen daran gehindert werden.

Daher ist die Zusammenfassung der beiden Delikte zu einer einheitlichen Handlung unmöglich, es würde ja der Einheit ein innerer Widerspruch zugrunde liegen, der dieselbe zerreißen, sie in eine Zweiheit zerlegen müßte. Jede der beiden selbständigen Handlungen wird eben von dem ihr entsprechenden Willen be-

---

delikten finden. Da die Vermögensdisposition eine Rechtsübertragung bezweckt, so geht die Tätigkeit des Betrügers auf „Rechtsraub" aus, so Binding a. a. O. Bd. 1 S. 340; mit ihm andere vergl. oben S. 11 Anm. 11.

Bei der Unterschlagung (dem Diebstahl) bleibt dagegen das Recht des Eigentümers unberührt.

herrscht, und so finden Betrug und Unterschlagung auch nach außen schon charakteristische, einschneidende Abgrenzung.

Wegen solcher begrifflicher Gegensätzlichkeit ist also Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Unterschlagung ausgeschlossen.

Was für das Verhältnis der Unterschlagung zum Betrug gilt, ist auf das Verhältnis des Diebstahls zu letzterem zu übertragen.[51])

Das Ergebnis läßt sich in den Gedanken zusammenfassen:

Idealkonkurrenz zwischen Betrug einerseits und Diebstahl und Unterschlagung andererseits ist unmöglich, weil der Wille des Geschädigten bei ersterem teilweise für die verbrecherische Handlung, bei den beiden Eigentumsdelikten aber immer gegen dieselbe ist, und weil somit in derselben Handlung zwei entgegengesetzte Richtungen eingeschlagen werden müßten; dies läßt die Einheit der Handlung nicht zu.

In der Theorie wird die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen dem Betruge und den beiden Eigentumsdelikten im „allgemeinen" recht unzureichend erörtert. Nur Olshausen[52]) lehnt unbedingt eine solche zwischen Betrug und Diebstahl, Frank[53]) dieselbe für Betrug und Unterschlagung ab. Binding[54]) nimmt zwar Idealkonkurrenz zwischen allen drei Delikten als unmöglich an, aber aus einem eigenartigen Grunde.

Das R.G. hält, soweit festgestellt werden konnte, eine Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Diebstahl für ausgeschlossen.[55])

---

[51]) Denn der Diebstahl ist eine Abart der Unterschlagung; vergl. oben S. 19 Anm. 36.

[52]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e I.

[53]) Frank a. a. O. § 246 VII und § 263 VI 1 b.

[54]) Binding, a. a. O. Bd. 1 S. 355, 365 Nr. 5, Handbuch Bd. 1 S. 363, insofern er den Betrug erst immer da beginnen läßt, wo Diebstahl bezw. Unterschlagung nicht vorliegen, so daß das durch Täuschung begangene Eigentumsverbrechen kein Betrug sei.

[55]) Urteil vom 24. Mai 1894 in G. Arch. Bd. 42 S. 140 ff., besonders S. 142: „Diese Auffassung erweist sich, zumal von einer solchen Idealkonkurrenz der beiden Delikte (Diebstahl und Betrug) begrifflich überhaupt nicht die Rede sein kann, als eine rechtsirrtümliche, die Begriffsmerkmale des Betrugs und ihr Verhältnis zu denjenigen des Diebstahls in der bezeichneten Richtung verkennend, usw. . . ."

In der Praxis sind solche Mischfälle zwischen dem Betrug und den Eigentumsdelikten nur allzu häufig. Sie mußten daher auch der höchsten Rechtsprechung zur Entscheidung vorliegen.

Das R.G. hat nun eine Menge solcher zweifelhafter Fälle entschieden. Dabei haben sich besonders infolge der Gegenüberstellung von solchen Fällen gemeinsame zugrunde liegende Gedanken, also Grundsätze ergeben.

In den entschiedenen Fällen hat das R.G. bald Betrug, bald Diebstahl resp. Unterschlagung, bald ersteren mit einem der beiden letzteren Delikte in Realkonkurrenz angenommen. Nicht in einem einzigen Falle konnte Idealkonkurrenz zwischen Betrug und besonders Unterschlagung festgestellt werden.[56]) Dies ist der deutlichste Beweis dafür, daß zwei solch begrifflich gegensätzliche Delikte niemals zu einer Handlungseinheit verbunden werden können, um eine Idealkonkurrenz zu ermöglichen.

Die verschiedene Würdigung solcher Mischfälle in der höchsten Rechtsprechung hat in der Theorie Anstoß zu mannigfachen Kontroversen gegeben. Die Wissenschaft suchte die Vergleichung der Delikte unter enger Anlehnung an die vom R.G. entschiedenen Fälle zu vertiefen. Hauptsächlich das Verdienst der Theorie ist es, die Behandlung solcher Mischfälle nach bestimmten herausgearbeiteten Grundsätzen zu ordnen.

Eine Kritik der einzelnen Grundsätze wird besser bei dem folgenden Teile der Abhandlung vorgenommen, der die Realkonkurrenz der Delikte erörtern wird; dort ist eine Eingehung auf die einzelnen Ansichten unumgänglich erforderlich. Nur soviel sei hier festgestellt:

---

[56]) Zwischen Diebstahl und Betrug nimmt ja das R.G. keine Idealkonkurrenz an; vergl. oben Anm. 55.

Diebstahl wird angenommen in R.G.E: Bd. 39 S. 239 (244), Bd. 43 S. 68 (65);

Unterschlagung in Bd. 5 S. 252, Bd. 24 S. 408;

Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug in Bd. 43, S. 60, Bd. 54 S. 479;

Realkonkurrenz zwischen Unterschlagung und Betrug in Bd. 2 S. 53, Bd. 4 S. 669, Bd. 10 S. 76, Bd. 38 S. 193;

vergl. auch G. Arch. Bd. 38 S. 202, Bd. 50 S. 273.

In allen Mischfällen, die zur Erörterung gestanden haben, hält nur ein einziger Theoretiker[57]) eine Idealkonkurrenz zwischen Betrug und einem der Eigentumsdelikte für möglich. Es ist also fast ausnahmlos empfunden worden, daß die Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen den gegensätzlichen Delikten ein juristisches Wagnis bedeute. Insofern konnte aber ein besserer Beweis für die Unmöglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen den fraglichen Delikten nicht geliefert werden.

Da die Frage nach der Idealkonkurrenz zwischen den Delikten verneint werden muß, so taucht von selber die weitere Frage auf, ob die Dualität nicht eine Realkonkurrenz im Gefolge hat. Denn sind die beiden fraglichen Delikte selbständig, so müssen sie auch eine selbständige strafrechtliche Würdigung und Ahndung erheischen; dies ist der Fall der Realkonkurrenz.

So ergibt sich als nächste Frage die Realkonkurrenz zwischen dem Betrug einerseits und Diebstahl resp. Unterschlagung andererseits. Wenden wir uns der Erörterung dieser Frage zu.

II. Realkonkurrenz der Delikte.

§ 3. Fall der Realkonkurrenz im allgemeinen.

Realkonkurrenz liegt nach § 74 Str.G.B. vor, wenn der Täter „durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen begangen hat".[58])

Die realiter konkurrierenden Delikte brauchen also nur eine äußerliche Zusammengehörigkeit erkennen lassen; hauptsächlich müssen sie von demselben Täter begangen sein. Der Idealkonkurrenz gleicht die Realkonkurrenz darin, daß bei ihr wie bei ersterer der Täter mehrere Verbrechen begeht. Während aber die Idealkonkurrenz „eine" Handlung aufweist, erfordert die Realkonkurrenz eine „Mehrheit" von selbständigen Handlungen, von denen jede strafbar ist. Aber die äußerliche, fast nur durch die Einheit des Täters geschaffene Abhängigkeit der Delikte läßt es eben angemessen erscheinen, dieselben einheitlich abzuurteilen und gemeinsam zu bestrafen.

---

[57]) Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung S. 147; er nimmt Idealkonkurrenz zwischen Unterschlagung und Betrug an.

[58]) Der entbehrliche Teil des § 74 Str.G.B. ist ausgelassen.

Hat demnach ein und dieselbe Person einen Betrug und darauf einen Diebstahl resp. eine Unterschlagung begangen, so kann § 74 Str.G.B. zur Anwendung kommen. Zweifellos liegt in solchem Falle Realkonkurrenz zwischen Betrug und einem Eigentumsdelikte vor, wenn beide Delikte weiter keine Beziehung zueinander aufweisen, sich im übrigen nichts angehen.

Dagegen wird die Realkonkurrenz der Delikte in Frage gestellt, wenn sie ein gemeinsamer Zweck verbindet, wenn das eine Delikt, der Betrug, die Brücke zum nachfolgenden, dem Eigentumsdelikt, bildet. Dann bereitet das erste Delikt das nachfolgende irgendwie vor. Durch den vorbereitenden Zweck kann das Vordelikt in eine folgenschwere Abhängigkeit vom Hauptdelikt geraten.

Würdigen wir ein solches Abhängigkeitsverhältnis näher, so finden wir, daß das Vordelikt eine Brücke, ein Mittel, ein Durchgangsstadium zum Hauptdelikt bildet.[59]) Der Täter will durch das Vordelikt zum Enddelikt gelangen.

Solange nun das Vordelikt trotz dieses Vorbereitungsverhältnisses seine Selbständigkeit behauptet, wird auch in solchem Falle nichts gegen die Annahme einer Realkonkurrenz einzuwenden sein. Die bloße Absicht, der Plan, zunächst das eine, dann das andere zu begehen, allein tut der Selbständigkeit keinen Abbruch.

Anders aber, wenn der gemeinsame verbrecherische Zweck den Betrug mit einem Eigentumsdelikt derartig verbindet, daß der Betrugserfolg ein Entwicklungsstadium desselben darstellt, wenn der Aneignungserfolg zusammen mit dem Betrugserfolg erst den „gemeinsamen Zweck" ausmachen, — dann nehmen sich beide Delikte nur wie Bestandteile der ganzen Handlung aus, welche die Realisierung des „Zwecks" erstrebt.

Wann nun eine solche juristische Verkettung der Delikte vorliegt, und welche Folgen sie nach sich zieht, diese Fragen werden uns im folgenden näher beschäftigen.

---

[59]) Vergl. Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432, Alberti, G.S. Bd. 76 S. 253 (zwischen den fraglichen Delikten liegt eine Konnexität im weiteren Sinne vor), Frank a. a. O. § 73 VII 2 c (1908) (Durchgangsstadium).

§ 4. Im Besonderen der Gewahrsamsbetrug.[60])

Die Betrugshandlung bereitet das Eigentumsdelikt vor, sie geht dem letzteren voran.

Die Vermögensdelikte: Unterschlagung, Diebstahl, Raub, Betrug und Erpressung sind sog. Erfolgs- oder Materialdelikte, bei welchen zum Tatbestande ein außerhalb des menschlichen Verhaltens liegender Erfolg gehört.[61]) Alle genannten Delikte streben zu demselben Erfolg, der Schädigung des Vermögens, nur benutzen sie verschiedene Wege dazu. Neben dem Deliktserfolg erscheint die zu seiner Verwirklichung entfaltete Tätigkeit als etwas Sekundäres. Letztere ist nur wegen ersterem da, dient ausschließlich seinem Interesse. Übrigens gilt das ganze Tun und Trachten des Verbrechers der Verwirklichung des Verbrechenserfolges, und auch der Betroffene fühlt sich nur durch diesen beschwert.

Daher liegt bei den Erfolgsdelikten der Schwerpunkt der Handlung im Erfolge und tritt die verbrecherische Tätigkeit mehr in den Hintergrund.

Nun besteht der Aneignungserfolg in der Anmaßung einer solchen Herrschaft, wie sie der Eigentümer ausübt.[62]) Da aber der Dieb und der Unterschlagende rechtlos vorgehen, so erwerben sie kein Recht, und ihre Herrschaft über die Sache macht einzig und allein das physische Gewaltverhältnis, der Gewahrsam an ihr aus. Dieser wird durch keine rechtliche Schranke eingeengt und ist also gegründet auf dem Eigenwillen des rechtswidrig Aneignenden. Der Inhalt des Aneignungserfolges ist somit der auf eigenem Willen beruhende Gewahrsam an der Sache.[63])

---

[60]) In der Literatur heißt dieser Betrugsfall „Besitzbetrug“.

[61]) Der Begriff „Erfolgsdelikt“ ist in der Wissenschaft und Praxis zwar anerkannt, aber bestritten. Richtiger Ansicht nach gehört der Erfolg zur Handlung; vergl. Frank a. a. O. § 1 II 2.

[62]) Vergl. oben S. 19 Anm. 37. —

Der Inhalt des Eigentums ist bestimmt in § 903 B.G.B. (positive und negative Wirkung!).

[63]) Nach Zivilrecht erwirbt er „Eigenbesitz“. Soweit er Rechte erwirbt (z. B. Rechte des Besitzschutzes), sind sie originärer Art.

Eckstein gibt für den Umfang des Aneignungserfolges die deutlichste Direktive.[64]) Er geht von dem zivilrechtlichen Eigentum aus, welches begründet wird, wenn corpus und animus dominandi vorhanden sind. Animus dominandi ist der Wille, die Sache als Eigentum zu haben und zu beherrschen; corpus ist das äußerliche, tatsächliche Gewaltverhältnis zu ihr. Da der animus dominandi des Eigentümers rechtlich bedeutsam ist, so ist seine Herrschaft eine rechtliche und umfaßt die Summe aller Rechte, welche den Eigentumsbegriff ausmachen. Bei dem rechtswidrig Aneignenden bedeutet der animus dominandi den bloßen Willen, eine Herrschaft, wie sie der Eigentümer hat, auszuüben.

Der Aneignungserfolg soll nun durch die Täuschungshandlung des Betrugs vorbereitet werden. Der Betrugserfolg kann dabei jedmöglichen Inhalt haben, nur darf er nicht die Aneignung bestreben, welche dem nachfolgenden Eigentumsdelikte vorbehalten ist.[65]) Der durch den Betrugserfolg geförderte Haupterfolg ist die Erlangung der eigentumsgleichen Herrschaft über das Objekt. Dieser Erfolg kann auf zweifache Art durch den Betrug vorbereitet werden, einmal mittelbar, wobei er von der Wirksamkeit des Betrugserfolges selbst nicht berührt wird,[66])

---

[64]) Siehe Eckstein, G.S. Bd. 80 S. 286. Er geht aber zu weit, indem er ein strafrechtliches Eigentum konstruiert; vergl. oben S. 18 Anm. 35.

[65]) Denn der Vorbereitungsbetrug, wenn er die „Substanz" der Sache bezielt, schließt eine nachfolgende Aneignung aus; in diesem Falle ist ja die Sache schon durch das Vordelikt angeeignet und kann nicht noch einmal Gegenstand der Aneignung durch das nachfolgende Delikt werden. —

Vergl. hierzu: Merkel, Krim.-Abh. Bd. 2 S. 197/8, Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II, ebenso R.G. I 18. Dezember 1902 in G.S. Bd. 50 S. 121, wo aus gleichen Erwägungen Realkonkurrenz zwischen § 263 und § 274 abgelehnt wird.

[66]) Dann fördert der Betrug denselben auf jede entferntere Art und Weise. Er ebnet etwa den Weg zu ihm, geht ihn aber nicht. Da diese Zwischenziele andere Objekte von Vermögenswert, die dem Objekt der Aneignung vorgelagert sind, erfassen können, so hat ihre Vermögensbeschädigung — soweit eine solche auftritt — mit derjenigen des Haupterfolges nichts gemein. In solchen Fällen ist die Möglichkeit einer Realkonkurrenz ohne Bedenken anzunehmen.

dann unmittelbar, in welchem Falle er durch ihn in seine „Entwicklung“ versetzt wird, die weiterführt zur Vollendung.[67])

Im ersten Falle steht der Betrugserfolg zum Aneignungserfolg in keiner näheren Beziehung, im letzteren dagegen bildet er ein Zwischenziel seines Entwicklungsganges: ein Stück seines „Werdens“.

Der Aneignungserfolg bezielt die Erreichung der eigentumsgleichen Herrschaft über die Sache. Daher ergeben sich als Stadien seiner Entwicklung alle Fälle der Erlangung irgendwelcher Art von Herrschaft. Da nun der Wille des Täters rechtlos ist, so kann eine Rechtsherrschaft nicht in Betracht kommen und es bleibt nur noch die Annahme einer tatsächlichen Herrschaft für die unmittelbare Vorbereitung übrig.[68]) Alle möglichen tatsächlichen Herrschaftsbeziehungen tauchen demnach als geeignete Zwischenziele des Aneignungserfolges auf, und der Betrugserfolg kann aus ihrer Summe wählen. Da diese tatsächlichen Herrschaftsbeziehungen mit dem strafrechtlichen Gewahrsam identisch sind,[69]) so enthält der den Aneignungserfolg unmittelbar vorbereitende Betrug eine Erlangung, besser Übertragung des Gewahrsams. Wir sind auf diesem Wege zum Fall des Gewahrsamsbetrugs gelangt.

---

[67]) Bilden solche Durchgangsziele den Inhalt des Betrugserfolges, ist dessen Bewirkung das Mittel „zur unmittelbaren Herbeiführung des späteren Erfolges, der ohne die zunächst bewirkte Veränderung (durch den zunächst bewirkten Erfolg!) gar nicht eintreten kann, nach ihr aber, so wie sie vorliegendenfalls bewirkt ist, eintreten muß;“ so Alberti, G.S. Bd. 76 S. 254. —

Es muß aber berichtigt werden, daß der spätere Erfolg, wenn der erstere bewirkt ist, nicht unbedingt eintreten „muß“, sondern daß sein Eintreten von dem „konsequenten Willen“ des Täters abhängt!

Alberti ist zu seiner fehlerhaften Ansicht durch das unpassende Beispiel von der „Tötung durch mehrere Schläge“ verleitet worden, Dieses Beispiel ist unbrauchbar, da jeder der Schläge schon in Tötungsabsicht erfolgt, also vom Tötungsdolus geleitet wird.

[68]) Die Eigentumsherrschaft setzt sich regelmäßig aus der tatsächlichen und Rechtsherrschaft zusammen (corpus und animus). Bei der rechtswidrigen Aneignung kann der rechtlose Wille nur bei ersterer zum Ausdruck kommen.

[69]) Vergl. über den Gewahrsamsbegriff oben S. 17 Anm. 31 und 32.

§ 5. Seine wissenschaftliche Behandlung durch die abweichenden Meinungen.

1. Annahme von nur Betrug seitens des R.G. und der herrschenden Meinung.

In der höchsten Rechtsprechung ist der Fall des Gewahrsamsbetrugs hinreichend erörtert worden. Freilich hat das R.G. ihm das rechtliche Übergewicht zugesprochen und bei seinem Vorliegen nur Betrug angenommen, während es sonst bei vielen Entscheidungen richtig zum Ausdruck bringt, daß der Wille, Gewahrsam zu erlangen, nicht die Wirkung hat, wie der Wille, welcher zuzueignen strebt.[70]) Es hält aber hier in der maßgebenden Entscheidung Bd. 15 S. 426 ff. beide Fälle, den einen mit dem Gewahrsams-, den anderen mit dem Zueignungswillen im Mittelpunkt nicht ihrer rechtlichen Wirkung nach auseinander und berücksichtigt auch nicht das vorbereitende Verhältnis derselben. Vielmehr behandelt es beide Deliktsfälle getrennt, jeden für sich. Die getrennte, zusammenhangslose Beurteilung mußte demnach zu der bedenklichen Annahme von nur Betrug führen.

Die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht gilt als die herrschende, welche auch von mancher Stimme in der Theorie unterstützt wird. Daher werden sich am besten an der Hand dieser Entscheidung die Grundsätze der herrschenden Meinung entwickeln lassen.

In dem der Entscheidung in Bd. 15 S. 426 ff. zugrunde liegenden Falle[71]) erschwindelt der Täter den Gewahrsam an

[70]) Vergl. Alberti a. a. O. S. 279 und die einschlagende Entscheidung R.G. III 5. April 1909, auch R.M.G.E. Bd 10 S. 250.

[71]) „Im Sommer 1885 machte der Angeklagte dem Baueraltsitzer W. wider besseres Wissen die folgende Angabe, daß „der Russe" (die russische Regierung) wissen wollte, wieviel russische Wertpapiere im In- und Auslande im Umlauf wären, und daß die im Auslande umlaufenden umgestempelt werden müßten, und verlangte von W. die Herausgabe der russischen Wertpapiere desselben mit dem Versprechen der Rücklieferung in höchstens vier Wochen. W., durch die falsche Vorspiegelung, welcher er Glauben schenkte, bewogen, händigte dem Angeklagten, welcher aus anderem Anlasse schon im Besitz von drei Stück Rybinsk-Bologoyer Eisenbahnprioritäten des W. war, noch fernere 13 Stück Prioritäten aus. Der Angeklagte

Wertpapieren, die er darauf verkauft. Das R.G. nimmt hier nur Betrug an und trägt Bedenken, neben diesem noch wegen Unterschlagung zu bestrafen.

Im vorliegenden Falle ist aber klar, daß der Betrüger sich den Besitz der Papiere deswegen erschwindelt, weil er beabsichtigt, dieselben zu verkaufen, sei es auch nur um zu spekulieren. Denn was sollte er sonst für ein Interesse an der Erlangung des Gewahrsams haben?

Aber das R.G. nimmt Betrug an, trotzdem die Täuschungshandlung die Übertragung des Gewahrsams an der Sache, nicht die Erlangung ihrer Substanz bezielt,[72]) trotzdem also der Wille, Gewahrsam zu erlangen, nicht der Wille, zuzueignen, vorliegt. Letzterer Wille wird erst kundgegeben durch die Versilberung der Wertpapiere. Denn erst durch ihren Verkauf maßt sich der Betrüger eine Verfügung über sie an, wie sie dem Eigentümer zusteht. Er betätigt demnach erst durch ihn seinen Aneignungswillen.

Freilich ist dem R.G. insofern beizustimmen, als auch die Gewahrsamsübertragung auf der einen Seite durch Entziehung des Besitzes eine Schädigung, auf der anderen durch Erlangung desselben einen Vorteil im Gefolge hat.[73]) Aber der Gewahrsam ist doch nicht alles, was der Täter haben will. Ihm gelüstet es vielmehr nach der Substanz der Sache, und so gedenkt er, zunächst den Gewahrsam an ihr zu erlangen und sie dann anzueignen.

---

lieferte nach mehrfachen Mahnungen fünf Stück zurück. Andere 11 Stück hat der Angeklagte versilbert und an Stelle derselben erst nach der am 22. Dezember 1886 erfolgenden Denunziation des W. diesem andere Stücke geliefert."

[72]) Vergl. oben S. 30 Anm. 65; das R.G. steht im Widerspruch mit der hier zitierten E. in G.S. Bd. 50 S. 121.

[73]) Vergl. oben S. 12 Anm. 17, S. 13 Anm. 18, S. 14 Anm. 23; bes. auch R.G.E. Bd. 1 S. 55, „dieser Vorteil ist die unmittelbare Folge jedes Besitzes, und eben die Möglichkeit tatsächlicher Verfügung und Verwertung des detinierten Gutes macht den Besitz schon als solchen zu einem Vermögenswert", ebenso R.G.E. Bd. 20 S. 142, Bd. 42 S. 181, G. Arch. Bd. 55 S. 324.

Die Folge der getrennten Würdigung beider Delikte ist die Nichtberücksichtigung des Gegensatzes zwischen dem Gewahrsamswillen einerseits, dem Zueignungswillen andererseits. Ja das R.G. geht noch weiter und stellt ersteren in der Wirkung dem letzteren gleich, indem es Betrug an der Substanz der Sache annimmt.

Das R.G. rechtfertigt nämlich die gemachte Annahme von nur Betrug mit dem Hinweis, daß der Betrüger es ja bei der Besitzerschleichung von vornherein auf die Substanz abgesehen habe. Olshausen, welcher die Meinung des R.G. vertritt, meint noch hierzu, daß in einem solchen Falle sich der Dolus des Täters hinsichtlich der Sache erschöpft habe und nicht noch auf Zueignung der in seinem Besitze befindlichen Sache richten könne.[74])

Dieser Einwand kann zunächst die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß eben wegen betrügerischer Erschleichung der „Sache" gestraft wird, wo eine Ahndung nur wegen betrügerischer Erlangung des „Gewahrsams" an ihr stattfinden muß. Der Betrüger wird also wegen eines zu großen Schadens strafrechtlich verantwortlich gemacht. Für den Umfang des Schadens ist eben beim Betrug der Inhalt der Vermögensdisposition maßgebend.[75])

Weiter ist es aber unrichtig, wenn Olshausen von einer „Erschöpfung" des Aneignungsdolus spricht, wo dieser sich überhaupt nicht betätigt hat. Denn nur in der Absicht, sich die Sache später anzueignen, wird die Besitzerschleichung vom Betrüger in die Wege geleitet. Diese Absicht kann aber doch nicht dem die Sache zueignenden Dolus gleichgestellt werden.

---

[74]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II β; — mit ihm nimmt auch Kapff, Unterschlagung S. 73, nur Betrug an.

[75]) Nur, was der Disponierende infolge der Verfügung auf den Verbrecher überträgt, ist Inhalt des Betruges. So schon Annalen des Sächs. O.A.G. I c.

Rotering in G. Arch. Bd. 47 S. 428/9 bemerkt treffend:

„Denn jedenfalls bildet die fraudulöse Erlangung der Detention zwecks der vornherein beabsichtigten Zueignung den Betrugstatbestand um deswill nicht, weil die Täuschung nur die Übertragung der Inhaber veranlaßte, die spätere Zueignung von dem Willen des getäuschten Disponenten gar nicht umfaßt war."

So meint das R.G.:

„Bei . . . . . wäre aber der Aneignungswille schon durch den betrügerischen Besitzerwerb betätigt, und es bliebe für die Annahme einer Unterschlagung kein Raum.“

Der Aneignungswille geht aber immer auf die Substanz der Sache, nicht auf ihren Besitz. Durch die Erlangung des Gewahrsams soll eben die Betätigung des Aneignungswillens vorbereitet werden, soll die günstige Lage zu seiner Realisierung geschaffen werden. In der Vorbereitung desselben kann aber nicht seine Betätigung gefunden werden.

Wir kommen übrigens bei einer solchen Behandlung des Falles, wie sie ihm vom R.G. zuteil wird, zu einem ungelösten Widerspruch. Der Übergang des Gewahrsams an den Wertpapieren vollzieht sich mit dem Willen des Betrogenen, die Zueignung seitens des Täters ganz entschieden gegen seinen Willen. Denn der Betrogene will dem Betrüger nicht die Papiere abtreten, sondern ihm nur den Gewahrsam an ihnen einräumen. Das R.G. konstruiert also einen Betrug, bei welchem der eigentliche Vermögensschaden, der Verlust der Sache, gegen den Willen des Betroffenen eintritt. Diese Konsequenz ist unannehmbar, oder das R.G. müßte das Erfordernis der Disposition aufgeben. Dieses Erfordernis ist aber gerade das charakteristische Merkmal des Betruges und auch vom R.G. anerkannt.[76])

Um die Annahme eines Betrugs im vorliegenden Falle zu rechtfertigen, könnte man nur einwenden, daß der Betrugstatbestand einen Kausalzusammenhang zwischen Vermögensbeschädigung auf der einen Seite und Vermögensvorteil auf der anderen nicht erfordere.[77]) Nur die Gewahrsamsübertragung hätte dann schädigende Wirkung, während der eigentliche Vorteil von der Aneignung der Sache dargestellt würde.

Diese Annahme steht aber zunächst im Widerspruch zu der Auffassung, daß der Gewahrsam für sich allein schon einen Vor-

---

[76]) Vergl. oben S. 10 und besonders R.G.E. Bd. 16 S. 2 ff.

[77]) So das R.G. in E. Bd. 6 S. 423, Bd. 27 S. 222, in G. Arch. Bd. 38 S. 204; daneben besonders Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 50, Schütze a. a. O. S. 471 Anm. 7.

teil bedeute.[78]) In letzterer Erwägung ist auch besonders das R.G., E. Bd. 1 S. 55 ff., zur Annahme eines Betrugs gelangt.

Die Eigenschaft des Betrugs als „Vermögensverschiebungsdelikt" erfordert weiterhin unumgänglich die Kausalität zwischen Schädigung und Vorteil. Seine Verfügung muß in Wechselwirkung Vermögensbeschädigung und Vorteil hervorbringen.[79])

Vor allem kann der auch vom R.G. vertretenen Ansicht, die eine Kausalität zwischen den beiden Betrugsmerkmalen als entbehrlich ablehnt, der schwerwiegende Vorwurf nicht erspart bleiben, daß durch Fallenlassen des Kausalitätsmoments jeder Maßstab für das Zusammenhangsverhältnis zwischen Schädigung und Vorteil verloren geht. Daher ist es umso erklärlicher, wenn andere Meinungen[80]) jede Art von gegenseitiger Beziehung zwischen den beiden Merkmalen genügen lassen.

Ferner tritt aber die Bereicherungsabsicht selbständig neben den Betrugsdolus, kommt nicht in diesem zum Ausdruck. Denn der betrügerische Vorsatz umfaßt nur die Schädigung, die Entziehung des Gegenstandes, und der Bereicherungsabsicht ist genügt, wenn man die durch den Betrug geschaffene rechtswidrige Vermögenslage auf irgendeine Weise zum Vorteil auszubeuten

---

[78]) Vergl. R.G.E. Bd. 1 S. 55 ff., auch oben S. 33 Anm. 73.

[79]) Für die Kausalität des Nachteils und Vorteils beim Betruge sind: Merkel, Krim.-Abh. Bd. 2 S. 118, H.H. Bd. 3 S. 373 (Identität der Objekte von Beschädigung und Bereicherung), auch Lehrb. S. 329, Binding, Lehrb. Bd. 1 S. 364 (Stoffgleichheit von Schaden und Nutzen), Rotering, G. Arch. Bd. 47 S. 427 ff., Frank a. a. O. § 263 VI 3 b, neuerdings VII 3 (Objekte der Vermögensbeschädigung und Bereicherung müssen identisch sein). Meyer-Allfeld a. a. O. S. 482, Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 274, Hegler a. a. O. S. 433 (daher muß ein genaues Sichentsprechen von Abwenden und Zuwenden bestehen), merkwürdigerweise auch Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 45 Abs. 2, Nr. 49 — Vergl. oben S. 14 Anm. 24.

[80]) So Oppenhoff-Delius a. a. O. § 263 Nr. 12 und 60, Rommel a. a. O. S. 92 f., Jehle a. a. O. S. 29 ff. und merkwürdigerweise auch das R.G. in E. Bd. 17 S. 260; das „Schwanken" des R.G. beweist recht deutlich, daß ein andrer als auf die Kausalität konstruierter Zusammenhang zwischen Schädigung und Vorteil in der Praxis unverwendbar ist.

gedenkt. Die Folge davon ist, daß die Vorteilsabsicht zum bloßen Motiv der Täuschungshandlung würde.[81])

Die Annahme von nur Betrug im Falle des Gewahrsamsbetrugs kann m. E. auf keine Weise gerechtfertigt werden. Dagegen könnte es möglich sein, daß in unserem Falle Betrug und Unterschlagung realiter konkurrieren.

2. Annahme von Realkonkurrenz.

Olshausen und das R.G. nimmt in solchen Mischfällen eine Realkonkurrenz an, wenn es dem Betrüger „zunächst nur um die Erlangung des Besitzes der Sache zu tun war, so daß nicht diese ihrer Substanz nach, sondern lediglich ihr Besitz als solcher, d. h. als selbständiger Vermögenswert, das Objekt des Betruges bildete".[82]) Da aber auch in den Fällen des Vorbereitungsbetrugs der Betrüger zunächst nur den Besitz und erst durch diesen die Substanz erstrebt, so ist diese Unterscheidung zum mindestens eine recht unzureichende.

Jedoch wird richtiger Ansicht nach immer dann eine Realkonkurrenz anzunehmen sein, wenn der betrügerische Vorsatz in betreff der Besitzerschleichung überhaupt allein vorhanden ist, und der Entschluß, die Sache sich zuzueignen, erst nach der Übertragung des Gewahrsams gefaßt wird.[83]) Denn in solchen Fällen besteht kein Vorbereitungsverhältnis zwischen den Delikten, und der Besitzbetrug hat einen ganz anderen Zweck als die nachfolgende Unterschlagung. Beide Delikte gehen also einander nichts an, sind vollständig selbständig.

Abgesehen hiervon wird niemals eine Realkonkurrenz zwischen Unterschlagung und dem dieselbe „unmittelbar vorbereitenden" Betruge angenommen werden können, wie es in R.G.E. Bd. 15 S. 426 ff. der Vorderrichter getan hat. Denn dann macht man sich einer zu strengen Beurteilung eines so liegenden Falles

---

[81]) Vergl. darüber oben S. 15. Anm. 26.

[82]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II β; — ähnlich R.G.E. Bd. 15 S. 426: „Setzt man den Fall, der Angeklagte habe usw. . . .;" vergl. auch R.G. III 5. April 1909.

[83]) So Meyer-Allfeld a. a. O. S. 447, Frank a. a. O. § 263 VI 1 b, besonders G. A. Bd. 50 S. 273, Hegler a. a. O. S. 443.

schuldig, weil das Vorbereitungsverhältnis, das in der Absicht gründet, durch die Erlangung des Gewahrsams die Zueignung vorzubereiten, in der strafrechtlichen Würdigung nicht billige Berücksichtigung findet. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die Bestrafung wegen zweier Delikte als eine zu strenge. Betrachten wir aber nunmehr die rechtliche Bedeutung der unmittelbaren Vorbereitung eingehender.

§ 6. Vorliegen von nur Unterschlagung nach der richtigen Ansicht.

1. Konsumtion des Gewahrsamsbetrugs durch die nachfolgende Unterschlagung nach richtiger Auffassung.

Da bei den Erfolgsdelikten der Schwerpunkt der Handlung in dem Erfolge liegt,[84]) so läßt sich besonders eine Abhängigkeit des Betrugserfolges vom Aneignungserfolge feststellen. Jener bildet ein Entwicklungsstadium zu diesem und geht daher in ihm auf. Der Betrugserfolg wird also vom Aneignungserfolge konsumiert.

Die Konsumtion des Vorbereitungsbetruges durch die nachfolgende Unterschlagung hat in der Theorie viele Stimmen für sich gefunden. Vor allem Merkel[85]) gebührt das Verdienst dieser juristischen Erkenntnis. Er meint: „Der Erfolg, welcher an sich den Betrug konstituieren könnte, bildet . . . . nur ein untergeordnetes Moment im Totaleffekte, der in der Behandlung des Delikts als einer Unterschlagung seine Würdigung erfährt." Ihm zur Seite steht Hälschner,[86]) welcher die Abhängigkeit des Betrugs von der Unterschlagung ebenfalls herausfühlt und daher letzterer das Übergewicht über ersteren zuspricht. Derselben Meinung ist auch Rotering.[87])

---

[84]) Vergl. oben S. 29 Anm. 61.

[85]) Merkel, Krim.-Abh. Bd. 2 S. 198.

[86]) Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 268; er nimmt nur Unterschlagung an, „wenn bei dieser ein betrügliches Benehmen als Mittel zur Verübung gedient hat, während der dieses Delikt charakterisierende und vollendende Akt nicht in der durch Irrtum veranlaßten Handlung des Getäuschten, sondern erst in einer nachfolgenden Handlung des Täuschenden liegt."

[87]) Über Rotering siehe oben S. 34 Anm. 75.

Beling[88]) zögert zwar, den Zusammenschluß der fraglichen Delikte gerade auf die Erfolgseinheit im obigen Sinne zu gründen, gibt aber uneingeschränkt zu, daß bei den Vermögensdelikten eine solche immer vorliegen wird. Sonst steht er auf Seiten Merkels.

Es ist übrigens recht schwierig, für die Konsumtion einen Grund anzugeben. Es werden sich deren vielmehr so viele angeben lassen, als Voraussetzungen für die Konsumtion erforderlich sind. Alle diese Gründe sind untereinander verbunden; der letzte und schwerwiegendste aber von ihnen ist die Einheit des Erfolges. So sind auch die Einheit des Objekts und diejenige der Person geltend gemacht worden.[89]) Aber auch die Personen- und Objektseinheit führen zur Erfolgseinheit; die Summe der beiden ersten Einheiten ergibt erst die letzte.

Eckstein,[90]) welcher ebenfalls die Konsumtion der Vorbereitungs- durch die Vollendungshandlung vertritt, führt die Objektseinheit als deren Grund an:

„Ist die Vorbereitungshandlung gegen dasselbe Objekt gerichtet wie die Vollendungshandlung, kann sie also in ihrer Totalität in jene aufgehen, so liegt eine einheitliche Handlung, auf keinen Fall Realkonkurrenz vor. Realkonkurrenz ist nur möglich, wenn das Vorbereitungsdelikt gegenüber dem Vollendungsdelikt einen unauflöslichen Rest enthält, d. h. ihm gegenüber selbständige Handlung ist.“

Eckstein legt also mehr Gewicht auf die Einheit des angegriffenen Objekts und sieht dabei mehr auf die Handlung als den Erfolg. Jedoch liegt bei den Materialdelikten der Schwerpunkt mehr im Erfolge.[91])

---

[88]) Beling, Lehre vom Verbrechen S. 344 ff., spricht sich für die Komsumtion der Vorbereitungshandlung durch die Nachhandlung aus. Er erkennt die Schwierigkeit, einen Konsumtionsgrund anzuführen, und so führt er aus:

„Dabei kann die Frage, ob man den Zusammenschluß auf die „Erfolgseinheit“ stützt, ganz unerwogen bleiben.“

[89]) Einheit des Objekts und der Person sind Gründe, welche das R.G. festgestellt hat, und zwar: R.G. III 14. Oktober 1907.

[90]) Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432 ff.

[91]) Vergl. oben S. 29 Anm. 61.

Schließlich spricht sich noch Gryziecki für die Konsumtion des Vorbereitungsbetruges durch die nachfolgende Unterschlagung aus.[92])

Die Folge der Konsumtion des Betruges durch die nachfolgende Unterschlagung ist die Bestrafung nur wegen letzterer. Denn es kann nicht ein deliktischer Totalerfolg und sein Teilerfolg besonders bestraft werden. Es würde sonst für denselben Verbrechenserfolg mehrere Strafen gegeben, und diese Konsequenz wäre mit dem Gerechtigkeitsgefühl unvereinbar. Der Betrug findet eben seine Ahndung in der Bestrafung der Unterschlagung.

Da der Diebstahl eine besonders qualifizierte Art der Unterschlagung ist, so ergibt sich als nächste Folge, daß sich sein Verhältnis zu einem ihn unmittelbar vorbereitenden Betrug ebenso gestalten muß, wie es bei der Unterschlagung zu letzterem gewesen ist. Allerdings wird der konkrete Fall dabei ein eigenartiges Gepräge aufweisen.

Der Dieb erhält durch den Betrug den Gewahrsam an dem Objekt, aber auch der Betrogene muß noch in diesem Machtverhältnisse verbleiben; denn sein Gewahrsam soll ja erst durch die nachfolgende Wegnahme gebrochen werden. Daher müssen beide, der Betrogene wie der Betrüger im Gewahrsam der Sache sein, d. h. sie müssen zueinander im Verhältnis des Mitgewahrsams stehen.

Diese Frage ist in der Literatur nirgends behandelt worden. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, daß das R.G. einen der etwa vorgelegenen Fälle nicht von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet und so zur Behandlung dieser Frage keinen Anstoß gegeben hat. Unzweifelhaft kann ein solch gestalteter Fall in der Praxis auftreten und hat auch sicher schon der Rechtsprechung vorgelegen. Aber da das R.G. in solchen Fällen von vornherein Betrug annimmt, so ist die Frage des Mitgewahrsams nie zu Bewußtsein gelangt. Das Zusammentreffen von Diebstahl und einem diesen unmittelbar vorbereitenden Betrug ist demnach nicht bloß ein theoretisches Phänomen, welches für die Praxis unverwendbar wäre.[93])

[92]) Gryziecki, Betrug S. 113.

[93]) Über den Begriff des Mitgewahrsams vergl. oben S. 17 Anm. 32; —

2. Andere Gründe für die Annahme von Unterschlagung.

Mit dem Ergebnisse, also der Annahme einer Unterschlagung in den Fällen des Gewahrsamsbetrugs, stimmen noch manche andere Stimmen in der Wissenschaft überein, wenn diese auch von anderen Gründen geleitet werden.

Bar[94]) verlangt für den Betrugstatbestand „eine juristisch wirksame Verfügung über ein Vermögensrecht". Er fordert somit eine Übertragung eines Vermögensrechts durch eine Verfügung und hält die Besitzübertragung für ungeeignet, den Inhalt

---

Ein derartiger Fall wäre:

Ein junger Bursche, der auf dem Bahnhofe herumlungert und Gelegenheit zum Stehlen sucht, sieht hier einen Reisenden, welcher schwer mit Koffern, Kisten und Schachteln bepackt ist. An diesen tritt er heran und erbietet sich ihm, das schwerste Gepäckstück, den großen Koffer, zu tragen. Der Reisende übergibt ihm den Koffer, froh, das schwere Stück los zu sein, und fordert ihn auf, ihn in das nächste Gasthaus zu begleiten. Der Bursche schwingt sich das schwere Gepäckstück auf die Schulter und eilt dem Reisenden ein ganzes Stück voraus. Bei der nächsten Straßenecke verschwindet er ins erste beste Haus und hält sich dort solange verborgen, bis der Reisende an ihm vorübergekommen ist. Darauf eilt er aus seinem Verstecke hervor und durch Winkelstraßen seinem Hause zu.

Im vorliegenden Falle räumt der Reisende dem Träger den notwendigen Gewahrsam ein, damit dieser seine Funktionen erfüllen kann. Er selber behält aber noch die Verfügungsgewalt über sein Objekt, indem er hinter dem Träger einherschreitet. Der Aneignungsakt beginnt mit dem Verschwinden des Trägers in das Haus.

[94]) Bar, G.S. Bd. 40 S. 422, vergl. oben S. 11 Anm. 11; alle diejenigen, welche für den Betrugstatbestand eine Übertragung eines Vermögensrechts fordern, müßten folgerichtig zur Ablehnung des Betruges gelangen.

Dagegen scheint Merkel, H.H. Bd. 3 S. 763, die Besitzübertragung als Ausnahme hinzustellen:

„Ob auch der bloße Besitz einer Sache den Gegenstand derselben (Vermögensbeschädigung) bilden könne? Insofern er ein selbständiges wirtschaftliches Interesse repräsentiert und demgemäß in bezug auf die Gesamtbedeutung des Vermögens als ein Faktor in Betracht kommt, allerdings. Wenn aber die Erlangung des Besitzes usw."

derselben zu bilden. Aber auch die Übertragung des Gewahrsams kann den Betrugsinhalt vorstellen.[95])

Auf eigentümlichem Wege gelangt Frank zu dem Ergebnis.[96]) Er meint, beim Besitzbetruge kenne der Disponierende die schädigende Wirkung seiner Verfügung und sei also mit ihr einverstanden. Daher sei Betrug wegen Kenntnis des Schadens seitens des Betroffenen abzulehnen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Betrogene zwar allgemein weiß, daß es besser ist, eine Sache in der Hand zu behalten, anstatt sie einem anderen anzuvertrauen, wenn auch auf ihre Rückgabe ein Rechtsanspruch besteht. Jedoch kennt er eben nicht die Tragweite seiner Disposition, oder diese ist ihm mindestens verschleiert. Würde er nämlich die nachteiligen Folgen seiner Verfügung auch nur im geringsten ahnen, so nähme er dieselbe sicherlich nicht vor.

Binding[97]) nimmt Unterschlagung deshalb nur an, weil beim Besitzbetrug überhaupt ein Schwebezustand vorliegt, wobei die durch die rechtswidrige Aneignung drohende Vermögensbeschädigung noch nicht erfolgt ist. Denn überträgt der Verfügende dem Betrüger den Gewahrsam an einer Sache, „so wird er erst dadurch geschädigt, daß der Detentor sich die Sache aneignet, und ob dieser das tun wird, ist zur Zeit selbst dann noch zweifelhaft, wenn der Empfänger den Besitz zu diesem Zwecke erschlichen hat“. Es ist aber zweifellos, daß die Gewahrsamsübertragung an sich schon eine Vermögensbeschädigung vorstellen kann.

Hegler ist zweifelhaft, ob in solchen Fällen nur Unterschlagung oder diese in Realkonkurrenz mit Betrug angenommen werden

[95]) Vergl. oben S. 12 Anm. 17 und S. 14 Anm. 23.

[96]) Frank a. a. O. § 263 VI 1 b.

[97]) Binding a. a. O. Bd. 1 S. 354/5; er wird also erst das Gebiet der Betrugsfälle beginnen lassen, wo Diebstahl resp. Unterschlagung nicht vorliegen, so daß das durch Täuschung begangene Eigentumsverbrechen niemals einen Betrug vorstellen wird.

Seine Meinung enthält eine zu starke Betonung der Eigentumsdelikte, sie ist das Gegenstück zu der Ansicht des R.G. und seiner Anhänger.

soll. Er ist aber entschieden gegen die Annahme eines bloßen Betruges.[98])

Da demgemäß in der Wissenschaft recht viele Stimmen laut geworden sind, welche im Falle des Gewahrsamsbetruges nur Unterschlagung annehmen, so muß es dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Reichsgerichts und seiner Anhänger noch als die herrschende gelten kann.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterung läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

Der die beiden Eigentumsdelikte, Diebstahl[99]) und Unterschlagung, unmittelbar vorbereitende Betrug wird in seiner strafrechtlichen Bedeutung von den beiden ersteren Delikten konsumiert.[100])

Die Folge davon ist, daß nur das Eigentumsdelikt als vorliegend angenommen werden und auch nur wegen dieses Delikts strafrechtliche Ahndung stattfinden darf.

Der das Eigentumsdelikt mittelbar fördernde Betrug kann selbständig sein, wenn der durch ihn verursachte Schaden ein Vermögensschaden ist; denn in den Fällen der mittelbaren Vorbereitung hat der Betrugserfolg einen dem Aneignungserfolge fremden, d. h. eigenen Inhalt.[101])

§ 7. Fall des Verdeckungs- und Sicherungsbetrugs.

1. Ausnützung des rechtswidrigen Vermögenszustandes durch die betrügerischen Nachhandlungen.

Betrugshandlungen können den Eigentumsdelikten auch nachfolgen. In solchen Fällen ist Realkonkurrenz zwischen Diebstahl resp. Unterschlagung und Betrug immer anzunehmen, wenn die fraglichen Delikte voneinander unabhängig sind, also jedes von

---

[98]) Hegler a. a. O. Bd. VII Bes. T. S. 443.

[99]) Denn wie S. 40 nachgewiesen ist, kann auch der Diebstahl durch den Betrug unmittelbar vorbereitet werden.

[100]) Dieses von der herrschenden Meinung allgemein anerkannte Institut lehnt neuerdings Alberti, G.S. Bd. 76 S. 250 ff. als überflüssig ab, verleitet durch das unpassende Beispiel von der Tötung durch mehrere Schläge; vergl. oben S. 31 Anm. 67.

[101]) Der Betrugserfolg ergreift dann ein anderes als das anzueignende Objekt; vergl. oben S. 30 Anm. 66.

ihnen mit eigener Begehungshandlung und eigenem Erfolge ausgestattet ist.[102])

Wenn dagegen der Betrug zum vorgehenden Eigentumsdelikt in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis tritt, welches eine bestimmte strafrechtliche Kennzeichnung aufweist, so wird es notwendig, die gegenseitigen Beziehungen der Delikte zueinander zu prüfen und ihre strafrechtliche Bedeutung festzustellen. Dieses Abhängigkeitsverhältnis mit seinen Voraussetzungen und Folgen bildet den Gegenstand der nunmehr folgenden Erörterung.

Ein jedes Verbrechen hat für den Täter einen bestimmten Zweck. Bei den Eigentumsdelikten will der Täter diejenigen Vorteile aus der Sache ziehen, welche gewöhnlich der Eigentümer genießt, und in diesem Sinne wird er seinen Aneignungswillen betätigen. Letzterer übernimmt nunmehr die Rolle des Eigentümerwillens, und sein erstes Werk wird sein, die unrechtmäßige Erlangung und Innehabung des Objekts mit dem Scheine des Eigentums zu verdecken. Anderenfalls wäre seine rechtswidrige Anmaßung des Objekts die Zielscheibe für etwaige Angriffe. Er wird also durch ein lügenhaftes Verhalten, indem er sich stellt, als wäre er rechtmäßiger Eigentümer, den Mangel der Rechtmäßigkeit zu verdecken suchen. Solange die Behauptung der Eigentümerrolle ein rein passives[103]) Verhalten erfordert, kommt ein Betrug wegen Mangel aktiver Täuschung überhaupt nicht in Frage. Droht aber dem Scheineigentum die Gefahr der Entdeckung und muß der Täter infolgedessen zu aktiver Tätigkeit übergehen, so beginnt das Gebiet möglicher Betrugsfälle.

Mittels Täuschung wird der Täter die drohenden Angriffe auf das Objekt abwehren, um sich im Besitze desselben zu erhalten. Diese Verdeckung ist jedoch, wie oben ausgeführt, nur eine Tat, fließend aus der übernommenen Eigentümerrolle, also nur eine Betätigung des Aneignungswillens. Daher bildet sie

---

[102]) Ebenso wie bei der Realkonkurrenz zwischen Betrug und nachfolgender Unterschlagung (Diebstahl); vergleiche daher oben S. 27 und 28.

[103]) Denn die Täuschungshandlung des Betrugstatbestandes erfordert ein aktives irreleitendes Verhalten des Betrügers; vergleiche oben S. 9.

einen Akzeß der Aneignung selber, ist mit ihr zu einer Handlung verbunden.

Gegenüber dem Aneignungsakt hat sie die Bedeutung einer sog. Nachhandlung, und „alle[104]) Tatbestände entbehren insoweit der Beachtlichkeit, als sie in die Sphäre des bloßen Nachhandelns nach der Verwirklichung eines anderen Tatbestandes hereinfallen. Sie wollen nur da gelten, wo sie sich nicht nur als solches charakterisieren“.

Die Nachhandlung an sich ist nicht etwa straflos. Im Gegenteil leuchtet es zweifellos ein, „daß[105]) die auf Sicherung und Verwertung der gewonnenen Gegenstände abzielenden Akte des Diebes, soweit sie eine Festigung oder Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bewirken — wohl zu scheiden von dem bloßen Belassen[106]) des einmal herbeigeführten Zustandes — gerade so gut einen rechtswidrigen Charakter an sich tragen, wie die Akte eines Dritten, welche jenen Zweck verfolgen. Als Quelle von Straffolgen erkennt aber freilich das positive Recht solche der materiellen Konsumtion des Verbrechens nachfolgende Handlungen des Täters nicht an; die Schuld aus denselben erscheint in seinen Augen als aufgegangen in der Schuld aus dem Hauptverbrechen. Fragen wir nach dem Grunde dieser Behandlung, so dürfte er in der eigentümlichen Stellung zur Sache, in die der Dieb usw. durch das Verbrechen gelangt, zu finden sein. Verkauft oder verheimlicht z. B. der Dieb die entwendeten Sachen, so involviert dies zwar eine Rechtswidrigkeit, aber zur Strafe werden ihm diese Handlungen nicht zugerechnet, weil sie sich zugleich als Ausübungsakte der faktischen Dispositionsgewalt darstellen, für deren Erwerb er schon Strafe leidet“.

Die Nachhandlungen sind also bereits in der Bestrafung des Hauptdelikts mit abgegolten. Der Täter, welcher durch die rechts-

---

[104]) So wörtlich Beling a. a. O. S. 318; dem Begriffe „Nachhandlungen“ werden in der Literatur unselbständige, also Nebenhandlungen unterstellt, welche zu dem Tatbestande des verwirklichten Verbrechens gehören.

[105]) So wörtlich Gretener, Begünstigung und Hehlerei S. 120.

[106]) Das bloße „Belassen“ entspricht dem rein „passiven“ Verhalten bei der Ausübung der übernommenen Eigentümerrolle, vergleiche hierzu oben S. 44 Anm. 103.

widrige Aneignung nicht nur die Herbeiführung, sondern auch die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Vermögenszustandes beabsichtigt, ist nicht bloß für die Verwirklichung des rechtswidrigen Erfolges, sondern auch für dessen Behauptung mit bestraft.[107]) Daher umfaßt die Bestrafung des Hauptdelikts auch die Abbüßung der aus ihm hervorgehenden Nachhandlungen, und insofern gehen letztere ihrer strafrechtlichen Bedeutung nach in ersterem auf, werden von ihm konsumiert.

2. Konsumtion der Nachhandlungen durch das Hauptdelikt.

Die Konsumtion der Nachhandlung durch das Hauptdelikt ist in der Theorie und Praxis fast allgemein anerkannt. Außer den schon erwähnten Autoren ist besonders hervorzuheben, zunächst Olshausen.[108])

Er läßt ebenfalls keine Bestrafung für den nachfolgenden Betrug eintreten, wenn die bezweckte Aneignung auch das gesamte nachfolgende Verhalten umfaßt.

---

[107]) Übereinstimmend Buri, Begünstigung und Hehlerei, G.S. Bd. 29 S. 24: „Der Räuber, Dieb, Unterschlager usw. wird dafür gestraft, daß er in der Absicht, den von ihm intendierten rechtswidrigen Zustand bestehen zu lassen, denselben herbeigeführt hat. Läßt er dann diesen von ihm herbeigeführten Zustand wirklich fortbestehen, so kann hierin keine weitere strafrechtliche Schuld gefunden werden, weil der dieses Fortbestehen begleitende Wille bereits als ein den rechtswidrigen Zustand konstituierendes Moment voll und ganz in Anschlag gebracht worden ist und darum nicht notwendig nochmals in strafrechtliche Erwägung gezogen werden darf." —

Nicht minder treffend Beling a. a. O. S. 347: „Und nicht minder leuchtet ein, daß auch die Nachhandlungen nicht einfach straflos sind: indem der Dieb wegen eines Diebstahls gestraft wird, wird er für die Tateinheit gestraft, die Strafe deckt auch sein nach der Tat erfolgtes rechtswidriges Veräußern, usw. der gestohlenen Sache." — Derselbe noch S. 348, „wie der Täter mit dem durch die Tat erzeugten Zustand weiter wirtschaftet, ist belanglos; die Strafe für die Tat selber trifft ihn auch mit für die Verwertung der Verbrechensvorteile."

[108]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e I für den Diebstahl, II für die Unterschlagung.

Auch Frank[109]) stimmt für die Konsumtion der Delikte. Es wird nach ihm die ganze Schuld durch das Hauptdelikt verdient, und die Nachhandlungen sind nur einzelne ihrer Ausflüsse, welche bei der Bestrafung des Hauptdelikts mit abgegolten werden.

Süßheim[110]) kleidet diesen Gedanken so ein: „Durch seine strafbaren Handlungen hat der Täter an sich eine Art freie Verfügungsgewalt über die rechtswidrig gewonnenen Früchte erworben; er macht von derselben Gebrauch, indem er durch weitere Maßregeln den erlangten Besitz zu sichern sucht, und insofern kann man hier allerdings von einer Aufrechterhaltung des Erfolges und Fortsetzung der erst unternommenen Tätigkeit sprechen . . .“

Schütze[111]) äußert sich hierzu, es gäbe Fälle, in denen Folgehandlungen eines begangenen Delikts, welche an sich selbständiger Strafe unterliegen würden, vom Delikt aufgesogen würden. Es seien dies Fälle „gesetzlicher Einheit“, da mindestens eine stillschweigende gesetzliche Zusammenfassung mehrerer an sich getrennter Deliktsbegriffe zu einem einzigen vorliege und eben dadurch die Annahme eines Konkurrenzfalles ausgeschlossen sei.

Endlich sei noch die Auffassung Merkels[112]) wiedergegeben:

„Wie die der Unterschlagung vorausgehende, so ist natürlich auch die derselben nachfolgende, die Sicherung des verbrecherischen Erfolges bezweckende Lüge, bezw. eine Lüge, welche die Unterschlagung vollendet, abschließt, von der betrügerischen im technischen Sinne zu unterscheiden.“

„Durch die Lüge will weder Eigentum noch Besitz erworben werden, sondern nur ein Zustand, den der Lügner in rechtswidriger Weise aufrechtzuerhalten entschlossen ist, nach außenhin gesichert werden.“

---

109) Frank a. a. O. § 73 VII 2 c4 mit § 263 XI 3.

110) Süßheim, Begünstigung S. 88; diese Art freier Verfügungsgewalt entspricht dem Herrschaftsverhältnis kraft eigenen Willens, vergl. oben S. 29/30 Anm. 62 bis 65.

111) Schütze, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. III S. 55 ff.

112) Merkel, Krim.-Abh. Bd. 2 S. 201.

Auf der Seite der herrschenden Meinung, welche die Konsumtion der Nachhandlung durch die Haupthandlung vertritt, sind noch zu finden:

Binding,[113]) Mewes, Meyer-Allfeld, Hälschner, Köstlin, Kohler, Eckstein und Höpfner.

Diesen gegenüber stehen:

Oppenhoff,[114]) insofern er in solchen Fällen immer Realkonkurrenz annimmt,

Alberti,[115]) indem er den Grund „Konsumtion" ablehnt, aber sonst zu dem Ergebnis der herrschenden Ansicht gelangt.

Auch das R.G. nimmt in den Fällen der betrügerischen Nachhandlung grundsätzlich nur Unterschlagung resp. Diebstahl an.

Betrügerische Nachhandlungen, welche zum Diebstahl getreten sind, enthalten die Fälle in R.G.E. Bd. 39 S. 239 (244), Bd. 43 S. 68 (65). Es handelt sich in beiden Fällen um die Verwertung gestohlener Sparkassenbücher. Die Abhebung der Beträge auf Grund derselben stellt nicht noch einen besonderen

---

[113]) Binding, Lehrb. Bd. 2 S. 639:

„Vergegenwärtigt man sich ein Aneignungsverbrechen, so ist die Perpetuierung der Enteignung auf doppelte Weise denkbar: durch Erschwerung der Entdeckung oder der Wiedererlangung der Sache beim Täter oder dadurch, daß man in seinen Enteignungsbesitz eintritt. . . . . . ., im ersteren (Falle) läßt sich nicht ein besonderes Aneignungsverbrechen konstruieren." —

Mewes in G. Arch. Bd. 38 S. 202/3 Nr. 2; — Meyer-Allfeld a. a. O. § 88 S. 447 Anm. 36; — Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 269; — Köstlin, Abh. S. 152/3; — Kohler, Treu und Glauben S. 51; — Höpfner, übrigens von Subsidiarität redend, a. a. O. Bd. 1 S. 181; — Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432 ff.

[114]) Oppenhoff a. a. O. § 246 Nr. 55:

„Realkonkurrenz liegt . . . vor, wenn jemand zur Verdeckung einer verübten Unterschlagung und gleichzeitig zur Sicherung des durch letztere erlangten Vermögensvorteils einen Betrug begeht."

[115]) Alberti a. a. O. S. 296 wendet sich gegen das Institut der Konsumtion; man müsse aus dem Gesetze herauslesen, daß mit der Strafe für das Hauptdelikt zugleich auch der rechtswidrige Zustand abgebüßt werde. Aber er übersieht, daß darin eben das Wesen der Konsumtion liegt. Er scheint sich also nur gegen den Namen „Konsumtion" zu wenden.

Betrug, denn[116]) „die Absicht des Strafgesetzes geht jedenfalls nicht dahin, einen solchen Akt der Verwertung des gestohlenen Gutes als ein neues selbständiges Vergehen unter Strafe zu stellen“.

Ein Zusammentreffen von Unterschlagung und der betrügerischen Nachhandlung ist in den Entscheidungen: Bd. 5 S. 252, Bd. 24 S. 408 festzustellen. In den zugrunde liegenden Fällen besteht die Vermögensbeschädigung der betrügerischen Nachhandlung einzig und allein in dem Verluste der Sache. Der bereits bestehende Schaden ist durch den Betrug nicht größer geworden, und infolgedessen hat dieser keinen eigenen Erfolg. Der Betrug schöpft also sozusagen seinen schädigenden Erfolg aus dem ihm vorangehenden Eigentumsdelikt, besser Aneignungserfolg. Daher fehlt zwischen Vermögensbeschädigung und Täuschung auch der notwendige Kausalzusammenhang.[117])

Suchen wir auch im Falle der betrügerischen Nachhandlung nach einem Konsumtionsgrunde, so ergibt sich als solcher zweifellos ebenfalls die „Erfolgseinheit“. Denn der Verlust der Sache stattet beide Delikte, Unterschlagung (Diebstahl) wie Betrug mit schädigenden Erfolgen aus.

Beling[118]) sagt: „Bei den Materialdelikten wird freilich die Erfolgseinheit zu bejahen sein, denn der tatbestandsmäßige Erfolg . . . . . drückt der Nachhandlung seinen Stempel auf.“

Wie bei dem Fall des Vorbereitungsbetruges[119]) werden auch hier neben der Erfolgseinheit noch andere[120]) Gründe geltend gemacht, welche alle neben ersterer sekundärer Art sind.

---

[116]) So R.G.E. Bd. 39 S. 243; —
in beiden Fällen stellt die Vermögensbeschädigung des Betrugs der „Verlust“ der Sache dar, weil aber dieser bereits durch die Unterschlagung herbeigeführt worden ist, so fehlt zwischen der Täuschung und der Schädigung der Kausalzusammenhang. Vergl. Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II.

[117]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II; vergl. vorige Anmerkung 116.

[118]) Beling a. a. O. S. 347; vergl. oben S. 39 Anm. 88.

[119]) Vergl. oben S. 39.

[120]) Vergl. oben S. 39 bes. Anm. 90, auch Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432 ff., welcher „Einheit des Objekts“ als Konsumtionsgrund aufstellt.

So meint besonders das R.G. an zutreffender Stelle:

„Mit dem Delikt der Unterschlagung kann das des Betrugs, sobald die Absicht des Täters dahingeht, nicht sowohl die Unterschlagung zu verdecken, als vielmehr sich den Besitz der unterschlagenen Sache zu sichern und sich dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, realiter konkurrieren.“[125])

Auch Oppenhoff[126]) sagt: „Realkonkurrenz liegt . . . . vor, wenn jemand zur Verdeckung und gleichzeitig zur Sicherung des . . . . erlangten Vermögensvorteils einen Betrug begeht.“

Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß die Erhaltung und Sicherung des rechtswidrigen Vermögenszustandes eine regelmäßige, unvermeidliche Folge seiner Herbeiführung ist. Daher umfaßt der durch das Vordelikt angerichtete Schaden auch schon die schädigende Wirkung des Sicherungsbetruges, weil ja der durch letzteren verursachte Schaden mit demjenigen des Vordelikts untrennbar zusammenhängt.

Der Täter hat nämlich dem Geschädigten das fragliche Objekt für immer entzogen, oder wenigstens solange, bis der Verbrechenszweck erreicht ist. Er führt nun dasselbe seinem Vermögen zu, so, daß es ein Bestandteil des ersteren wird; dies ist ja sein Interesse an seiner Tat. Dazu ist wieder erforderlich, daß er die Sache dauernd behauptet und, wenn nötig, ihre drohende Entziehung vereitelt. Geschieht nun diese Vereitelung durch Täuschung, so haben wir den Fall des Sicherungsbetruges. Diese Sicherung des Verbrechensvorteils ist der Ausdruck desjenigen Willens, welcher danach strebt, im Genusse des Verbrechensinteresses zu verbleiben, und da letzteres in der Zueignung aufgeht, — also ein Ausfluß des Aneignungswillens. Dieser ist bestrebt, den Vorteil, wie er ihn erlangt hat, so auch zu erhalten.

[125]) So G. A. Bd. 38 S. 202; das R.G. macht einen Unterschied zwischen der Verdeckung und der Sicherung. Verdeckt man aber eine Tat, so ist die unvermeidliche Folge davon: die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Vermögenszustandes, weiterhin die Sicherung des Vermögensvorteils.

[126]) Oppenhoff a. a. O. § 246 Nr. 55.

Daher entwickelt der Täter auch keine besondere, neue Tätigkeit zur Behauptung des Vorteils, vielmehr verharrt dieselbe in den alten, schon beim Vordelikt eingeschlagenen Bahnen. So hat der Betrugserfolg keine eigene Vermögensbeschädigung, sondern schöpft sie ganz aus dem Aneignungserfolg, und der Vermögenszustand des Geschädigten zur Zeit der Aneignung, verglichen mit demjenigen zur Zeit der betrügerischen Nachhandlung kann keine Verschlechterung ergeben.

Suchen wir das Wesen der „Sicherung" zu ergründen, so ist dieselbe das Gegenstück der Gefährdung, denn wo ein Gegenstand gesichert werden soll, muß derselbe auf irgendeine Weise gefährdet sein. In unserem Falle soll dem Täter der Vorteil durch den Geschädigten wieder entzogen werden, besser, es „droht" dieser Umstand zur Tatsache zu werden. Der Geschädigte kommt aber nicht in die Lage, aktiv gegen den Täter vorzugehen, denn er wird durch die Täuschung von ihm abgelenkt. Gegen die Gefahr der Entziehung des deliktischen Vorteils trifft eben der Täter Vorkehrung, Sicherung durch Betrug. Wie aber die Gefährdung ein unsicherer Schwebezustand ist und keine Schädigung zur Folge hat, so enthält auch die Sicherung noch keine objektive Vermehrung des Vermögens, des gesicherten Gegenstandes speziell, sondern eine Festigung desselben, indem gegen einen erst in Erwartung stehenden Angriff Vorkehrungen getroffen werden. Eine solche „Festigung" kann aber zu jeder Zeit und auf jede Art und Weise erfolgen und braucht durchaus nicht erst infolge der Gefahr vor Entdeckung notwendig geworden zu sein. Die Vornahme einer Festigungshandlung ist eben ganz dem Gutdünken und der Willkür des Täters anheimgestellt.

Die Sicherung des Vorteils bedeutet also keine Erhöhung desselben; dagegen legen das R.G. und Olshausen ihr werterhöhende Wirkung bei.[127])

---

[127]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 47 führt aus:

„Das Verschaffen eines Vorteils bezeichnet jede Art der günstigeren Gestaltung der Vermögenslage. Daraus folgt zunächst, daß das Verschaffen eines Vermögensvorteils auch in der Erhaltung

So meint besonders das R.G. an zutreffender Stelle:

„Mit dem Delikt der Unterschlagung kann das des Betrugs, sobald die Absicht des Täters dahingeht, nicht sowohl die Unterschlagung zu verdecken, als vielmehr sich den Besitz der unterschlagenen Sache zu sichern und sich dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, realiter konkurrieren.“[125])

Auch Oppenhoff[126]) sagt: „Realkonkurrenz liegt . . . . vor, wenn jemand zur Verdeckung und gleichzeitig zur Sicherung des . . . . erlangten Vermögensvorteils einen Betrug begeht.“

Demgegenüber muß daran festgehalten werden, daß die Erhaltung und Sicherung des rechtswidrigen Vermögenszustandes eine regelmäßige, unvermeidliche Folge seiner Herbeiführung ist. Daher umfaßt der durch das Vordelikt angerichtete Schaden auch schon die schädigende Wirkung des Sicherungsbetruges, weil ja der durch letzteren verursachte Schaden mit demjenigen des Vordelikts untrennbar zusammenhängt.

Der Täter hat nämlich dem Geschädigten das fragliche Objekt für immer entzogen, oder wenigstens solange, bis der Verbrechenszweck erreicht ist. Er führt nun dasselbe seinem Vermögen zu, so, daß es ein Bestandteil des ersteren wird; dies ist ja sein Interesse an seiner Tat. Dazu ist wieder erforderlich, daß er die Sache dauernd behauptet und, wenn nötig, ihre drohende Entziehung vereitelt. Geschieht nun diese Vereitelung durch Täuschung, so haben wir den Fall des Sicherungsbetruges. Diese Sicherung des Verbrechensvorteils ist der Ausdruck desjenigen Willens, welcher danach strebt, im Genusse des Verbrechensinteresses zu verbleiben, und da letzteres in der Zueignung aufgeht, — also ein Ausfluß des Aneignungswillens. Dieser ist bestrebt, den Vorteil, wie er ihn erlangt hat, so auch zu erhalten.

[125]) So G. A. Bd. 38 S. 202; das R.G. macht einen Unterschied zwischen der Verdeckung und der Sicherung. Verdeckt man aber eine Tat, so ist die unvermeidliche Folge davon: die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Vermögenszustandes, weiterhin die Sicherung des Vermögensvorteils.

[126]) Oppenhoff a. a. O. § 246 Nr. 55.

Daher entwickelt der Täter auch keine besondere, neue Tätigkeit zur Behauptung des Vorteils, vielmehr verharrt dieselbe in den alten, schon beim Vordelikt eingeschlagenen Bahnen. So hat der Betrugserfolg keine eigene Vermögensbeschädigung, sondern schöpft sie ganz aus dem Aneignungserfolg, und der Vermögenszustand des Geschädigten zur Zeit der Aneignung, verglichen mit demjenigen zur Zeit der betrügerischen Nachhandlung kann keine Verschlechterung ergeben.

Suchen wir das Wesen der „Sicherung" zu ergründen, so ist dieselbe das Gegenstück der Gefährdung, denn wo ein Gegenstand gesichert werden soll, muß derselbe auf irgendeine Weise gefährdet sein. In unserem Falle soll dem Täter der Vorteil durch den Geschädigten wieder entzogen werden, besser, es „droht" dieser Umstand zur Tatsache zu werden. Der Geschädigte kommt aber nicht in die Lage, aktiv gegen den Täter vorzugehen, denn er wird durch die Täuschung von ihm abgelenkt. Gegen die Gefahr der Entziehung des deliktischen Vorteils trifft eben der Täter Vorkehrung, Sicherung durch Betrug. Wie aber die Gefährdung ein unsicherer Schwebezustand ist und keine Schädigung zur Folge hat, so enthält auch die Sicherung noch keine objektive Vermehrung des Vermögens, des gesicherten Gegenstandes speziell, sondern eine Festigung desselben, indem gegen einen erst in Erwartung stehenden Angriff Vorkehrungen getroffen werden. Eine solche „Festigung" kann aber zu jeder Zeit und auf jede Art und Weise erfolgen und braucht durchaus nicht erst infolge der Gefahr vor Entdeckung notwendig geworden zu sein. Die Vornahme einer Festigungshandlung ist eben ganz dem Gutdünken und der Willkür des Täters anheimgestellt.

Die Sicherung des Vorteils bedeutet also keine Erhöhung desselben; dagegen legen das R.G. und Olshausen ihr werterhöhende Wirkung bei.[127])

[127]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 47 führt aus:

„Das Verschaffen eines Vorteils bezeichnet jede Art der günstigeren Gestaltung der Vermögenslage. Daraus folgt zunächst, daß das Verschaffen eines Vermögensvorteils auch in der Erhaltung

Nun richtet sich die Sicherung und Erhaltung des deliktischen Vorteils speziell gegen etwaige Ersatzansprüche, die geltend gemacht und durchgesetzt werden könnten. Durch die Täuschung wird der Betrogene um die Gelegenheit ihrer Durchsetzung gebracht. In diesem Sinne kann man von einer „Nichterfüllung“ derselben sprechen. Sie könnte nun für eine Vergrößerung des Schadens rechtlich ausgebeutet werden.

So findet Olshausen „in der Vereitelung der Wiedererlangung der Sache, auf die ein Rechtsanspruch besteht“, eine Vermögensbeschädigung.[128])

In ähnlicher Weise hat auch das R.G. in einer Entscheidung[129]) entschieden:

„Wenn der Täter voraussieht, daß eine von ihm beabsichtigte Unterschlagung entdeckt werden wird, und daß alsdann Ersatzansprüche zu erwarten stehen, und wenn er gegen diese letztere Eventualität bereits im voraus Vorkehrung durch Betrug . . . . trifft, so bleibt er für diese in ihrem Tatbestande gegenüber demjenigen der Unterschlagung selbständigen Straftaten selbständig strafrechtlich verantwortlich.“

Gegen diese Auffassung ist noch besonders zu bemerken:

Bei den Zustandsverbrechen, zu welchen auch die Eigentumsdelikte gehören, besteht wohl die Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand wieder auszugleichen und auf den ursprünglichen zurückzuführen, allein, diese Möglichkeit hängt vom guten Willen des Verbrechers ab.

„Der[130]) Begriff des Zustandes schließt den Gedanken möglicher Modifikation und Reparation, d. h. die Möglichkeit einer

eines bereits erlangten, aber in seinem Fortbestande gefährdeten Vermögensvorteils bestehen kann.“ —

Betreffend das R.G. vergleiche: E. in Bd. 2 S. 53, Bd. 4 S. 669, Bd. 10 S. 76; siehe auch G. A. Bd. 38 S. 202.

[128]) Olshausen a. a. O. § 263 Nr. 56 e II α.

[129]) So R.G.E. vom 2. April 1903; vergl. hierzu auch die E.E. in G. A. Bd. 38 S. 202 und Bd. 50 S. 273.

[130]) Getener, Begünstigung und Hehlerei S. 104; eigentlich ist ja der ursprüngliche Zustand nicht mehr herzustellen, denn der einmal bestandene rechtswidrige hinterläßt unverlöschbare juristische Folgen.

Verdrängung des rechtswidrigen Zustandes durch einen rechtmäßigen von seiten des Verbrechers in sich."

Da aber der Täter den Verbrechensvorteil dauernd[131]) will, so steht eine Herausgabe desselben, also die Rückgabe der Sache, seinem Willen direkt entgegen. Der Aneignungswille, welcher durch die rechtswidrige Aneignung seine Richtung in der Außenwelt zum Ausdruck brachte, ist fest entschlossen, bei dieser von ihm bewirkten Vermögenslage zu verharren. Ihm widerstrebt die Erfüllung etwaiger Ersatzansprüche, die das Gegenteil seines Zweckes bezweckt. Er steht dieser entgegen, und zwar von der Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes an bis zur etwaigen Aufgabe seiner Richtung, d. h. bis zu einer entsprechenden Willensänderung. Während dieser Zeit sind die bestehenden Ersatzansprüche infolge des widerstrebenden Willens in gleicher Weise unerfüllbar. Sie werden etwa nicht erst unerfüllbar, wenn der Wille, um ihre Durchsetzung zu hintertreiben, sich in die Tat umsetzen muß, während dies bisher nicht erfordert wurde. Im ersten Falle liegt eben eine aktive, im letzteren eine passive Abwehr vor, jedoch hat sie in beiden Fällen denselben Effekt: die Nichterfüllung.

Daher hat wegen gleicher Aussichtslosigkeit und so Wertlosigkeit der Ersatzansprüche die Hintertreibung ihrer Durchsetzung keine Vermögensbeschädigung zur Folge.

In der Wissenschaft haben viele den vertretenen Standpunkt inne, also abgelehnt, den „Sicherungsbetrug" als selbständiges Delikt zu bestrafen. Sie fassen die Sicherung des deliktischen Vorteils als Ausfluß des Aneignungswillens auf,[132]) als ein Bestandteil der ganzen Aneignungshandlung.

Daher lehnen alle diese folgerichtig Realkonkurrenz in den Fällen des Sicherungsbetrugs ab und nehmen nur das Eigentumsdelikt als vorliegend an.

---

[131]) Vergl. oben S. 52 und 53.

[132]) So z. B. Mewes in G. A. Bd. 38 S. 203 Nr. 2:
„Die Tätigkeit, die er ausübt, um sich im Besitz der Sache zu erhalten, ist somit doch offenbar nur ein Akt des auf die Zueignung gerichteten Willens."

Die richtige Ansicht vertreten: Binding, Buri, Gretener, Merkel und Mewes, welche bereits alle, außer Binding, zitiert sind.[133])

Ferner gehören noch zu ihnen: Beling, Frank, Hälschner, Köstlin, Kohler, Eckstein, Schütze und Süßheim.[134])

Am Schlusse des zweiten Teils der Abhandlung sei das Ergebnis desselben noch einmal kurz zusammengestellt:

Die einem Eigentumsdelikte, Diebstahl oder Unterschlagung nachfolgende betrügerische Nachhandlung ist ein Akzeß des Vordelikts, so daß nur wegen diesem strafrechtliche Ahndung eintreten kann.

Auch in den Fällen des Sicherungsbetrugs, wo die betrügerische Nachhandlung auf Sicherung des durch das Vordelikt erlangten Verbrechensvorteils geht, ist ebenso zu verfahren,

---

[133]) Siehe Binding a. a. O. Bd. 2 S. 639; vergl. auch oben S. 48 Anm. 113; — über Buri vergl. oben S. 46 Anm. 107, Gretener oben S. 45 Anm. 105/6, Merkel oben S. 47 Anm. 112 und Mewes oben S. 55 Anm. 132.

[134]) Beling vergl. oben S. 45 Anm. 104, S. 46 Anm. 107; — Frank a. a. O. § 263 XI 3, vergl. auch oben S. 47 Anm. 109; — Hälschner a. a. O. Bd. 2 S. 269: „Ebensowenig kann als Betrug betrachtet werden, wenn das betrügerische Benehmen der Verübung des Diebstahls, der Unterschlagung nachfolgt, um die begangene Tat zu verbergen." —

Köstlin a. a. O. S. 152/3; — Kohler vergl. oben S. 48 Anm. 113;
Eckstein, G.S. Bd. 78 S. 432 ff.: „Ist ein Vermögensdelikt begangen und wird dieses verdeckt, so kann die Verdeckungshandlung nicht ein zweites Vermögensdelikt sein. Es liegt nur ein einziges Objekt, das Vermögen, und nur eine einzige Schädigung vor und das Gesetz kann nicht zweimal wegen Vermögensbeschädigung bestrafen.

Wer daher unterschlagen oder gestohlen hat und nachher über den Besitz der Sache oder die Tatsache der Entwendung täuscht, oder . . . . ., begeht durch diese letzte Handlung nicht einen Betrug . . . . ., die Vermögensbeschädigung liegt bereits in der ersten Handlung, sie wird mit der für diese Handlung angedrohten Strafe bestraft, so daß für eine Bestrafung wegen Betrugs . . . . . nicht mehr Raum ist." —

Schütze vergl. oben S. 47 Anm. 111; —
Süßheim vergl. oben S. 47 Anm. 110.

weil die Sicherung des Vorteils eine unvermeidliche Folge seiner Herbeiführung ist. Daher kann der durch das Vordelikt angerichtete Schaden auch nicht durch den Sicherungsbetrug vergrößert werden.

Die Sicherung zieht die Vereitelung der Durchsetzung von Ersatzansprüchen nach sich. Da aber diese Ansprüche schon vor der betrügerischen Nachhandlung unerfüllbar sind, so werden sie nicht erst durch letztere unerfüllbar gemacht. Also hat auch die Vereitelung von Ansprüchen keine Vergrößerung des bestehenden Schadens zur Folge.

Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und Betrug, resp. Unterschlagung und Betrug dagegen liegt dann vor, wenn der durch das vorangehende Eigentumsdelikt verursachte Schaden durch das nachfolgende Betrugsdelikt dem äußeren Umfange nach vergrößert wird. In solchen Fällen hat nämlich der Betrug seinen eigenen Erfolg, dessen Inhalt die Vergrößerung des Schadens ausmacht.

Bestrafung.

Idealkonkurrenz zwischen Diebstahl und Unterschlagung einerseits und dem Betrug andererseits ist, wie oben ausgeführt,[135]) schlechthin unmöglich.

Würde man aber eine Idealkonkurrenz zwischen den genannten Delikten annehmen, so müßte man die Bestrafung des Täters von folgenden Erwägungen leiten lassen:

Gemäß § 73 Str.G.B. ist bei Idealkonkurrenz mehrerer Delikte die Strafe nach dem strengsten Gesetz zu bemessen. Für die Strenge eines Gesetzes ist die in abstracto angedrohte Strafe maßgebend.

Der Diebstahl in § 242 Str.G.B. wird mit Gefängnis bestraft.

Der Unterschlagende wird nach § 246 Str.G.B. ebenfalls mit einer Gefängnisstrafe belegt; jedoch wird das Maximum derselben durch § 246 Str.G.B. auf drei Jahre beschränkt.

---

[135]) Vergl. oben S. 20 bis S. 27.

Auch der Betrugsparagraph, § 263 Str.G.B., droht Gefängnisstrafe an. Sein Maximum in der Strafe ist aber nicht beschränkt und erreicht daher wie beim Diebstahl gemäß § 16 Str.G.B. das Höchstmaß von fünf Jahren.

Alle drei Delikte werden also mit Gefängnis bestraft, während aber Diebstahl und Betrug in ihrer Strafe bis zu fünf Jahren hinaufgehen, bleibt die Unterschlagung bereits bei dem Maximum von drei Jahren stehen. Zweifellos ist nun bei gleicher Strafart dasjenige Gesetz das strengere, welches ein höheres Maximum in der Strafe zuläßt.[136]) Daher ist im Gegensatze zu Diebstahl und Betrug die Unterschlagung als das mildere Gesetz zu erachten.

Welches ist aber von den beiden Strafgesetzen des Betrugs und des Diebstahls das strengere?

Gibt die Hauptstrafe für die Qualifizierung des strengeren Gesetzes keinen Anhalt, so müssen etwaige Nebenstrafen in Berücksichtigung gezogen werden.[137])

Nach dem Betrugsparagraphen kann nun neben der Gefängnisstrafe noch auf Geldstrafe erkannt werden, beim Betrug besteht demnach noch die Möglichkeit einer Nebenstrafe. Da beim Diebstahl eine solche mit keinem Worte erwähnt ist, so muß das Betrugsgesetz als das strengere gelten.

Demgemäß ist das Betrugsgesetz strenger als die Gesetze des Diebstahl und der Unterschlagung.

Bei Annahme einer Idealkonkurrenz zwischen den fraglichen Delikten müßte immer nach dem Betrugsgesetz gestraft werden.

---

[136]) Diese Ansicht ist wohl die herrschende; vergl. Olshausen a. a. O. § 73 Nr. 35, Finger a. a. O. Bd. 1 S. 540, Frank a. a. O. § 73 IV 1; —

dagegen hält Reiffel, G.S. Bd. 39 S. 504 ff. dasjenige Gesetz für das strengere, welches das höhere Minimum aufweist; —

Merkel, H.H. Bd. 2 S. 583 ff. will das „strengste" Gesetz nach dem arithmetischen Mittel zwischen Maximum und Minimum bestimmen.

[137]) So Frank a. a. O. § 73 IV 1, Olshausen a. a. O. § 73 Nr. 29; — polizeiliche Maßregeln und Buße haben keinen Strafcharakter, kommen daher bei Feststellung des strengsten Gesetzes nicht in Betracht.

Idealkonkurrenz zwischen den Eigentumsdelikten und Betrug ist aber unmöglich, und so kommen für die Bestrafung in solchen Fällen nur die drei vertretenen Ansichten in Betracht, von denen die erste — vertreten vom R.G. und seinen Anhängern — nur Betrug, die zweite — vertreten von den in § 6 der Abhandlung zitierten — nur das Eigentumsdelikt, die dritte — meist wohl in der Praxis vertreten, vergl. § 5, 2 der Abhandlung — die fraglichen Delikte in Realkonkurrenz annimmt.

Die erste Meinung bestraft in solchen Mischfällen immer nach dem strengsten, dem Betrugsgesetz, sie urteilt also ebenso streng wie diejenigen, welche wegen Idealkonkurrenz der Delikte gestraft wissen wollen.

Die dritte Meinung straft sogar wegen zweier Delikte, wo der Verbrecher überhaupt nur ein Delikt begangen hat. Der Täter wird demnach um ein Delikt zuviel gestraft.

Am mildesten urteilt die Mittelmeinung, welche in solchen Mischfällen immer strafrechtliche Ahndung wegen des Eigentumsdelikt eintreten läßt.

Schon aus diesem Grunde scheint die letzte Auffassung die billigste zu sein; denn sie wird dem Grundsatze gerecht: in dubio mitius, der ja überall dort Platz greifen soll, wo in der Gesetzesauslegung große Zweifel vorwalten.

Literaturverzeichnis.

v. Alberti, Gerichtssaal, Bd. 76.
v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. 3. Berlin 1909.
Beling, Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1898.
Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, allg. Teil, bes. Teil Bd. 1 1902.
— Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1 1884, Bd. 2 1896, Bd. 3 1901.
— Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1 1890, Bd. 2 1877.
v. Bülow, Aus der Praxis, Gerichtssaal, Bd. 59.
v. Buri, Einheit und Mehrheit des Verbrechens 1879.
Eckstein, Gerichtssaal, Bd. 78 und 80.
Escher, Lehrbuch vom strafbaren Betruge 1840.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1—3 1911.
Gretener, Begünstigung und Hehlerei.
Groß, Der Raritätenbetrug 1901.
Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl, Bd. 47 in Goltd. Archiv.
Gryziecki, Betrug.
Harburger, Vergleichende Darstellung, Bd. 6 bes. Teil.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. 1 und 2 1887.
Hegler, Betrug, Vergleichende Darstellung, Bd. 7 bes. Teil.
Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Betruge". München 1898.
v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts 1871/74, Bd. 1—4.
— Rechtslexikon 1880, Bd. 1.
Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Bd. 1 1901, Bd. 2 1908.
Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. Tübingen 1905.
Kapff, Unterschlagung.
Kohler, Treu und Glauben im Verkehr 1893.
Köstlin, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1908.
Lukas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, Bd. 1 und 2 1907/8.
Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889.
— Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 2.
Merkel, J., Die Vermögensbeschädigung beim Betrug 1900.
Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1882.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1907.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1 und 2 1910.
Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1902.
Oppenhoff-Delius, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1901.
Orloff, Lüge, Fälschung und Betrug 1862.
Rommel, Der Betrug 1894.
Rotering, Zeit- und Streitfragen, Goltd. Arch. Bd. 47.
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1879.
Rudorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1892.
Schulze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1874.
— Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 3.
Seifried, Vorsatz und Handlung des Betrügers 1906.
Stenglein, Lexikon des deutschen Strafrechts, Bd. 1 und 2.
v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1873.
Süßheim, Begünstigung.
Wächter, Deutsches Strafrecht 1881.
Zimmermann, Beitrag zur Lehre des Betrugs, Gerichtssaal, Bd. 29.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, B. 1 und 2 1909.
Goltdammer Archiv (Goltd. Arch. oder G. A.).
Gerichtssaal (G.S.).

Lebenslauf.

Am 30. Juni 1887 wurde ich, Hugo Habel, in Neustadt O/S. als Sohn des Buchhalters Hugo Habel und seiner Ehefrau Klara, geb. Zelbel, geboren. Ich bin preußischer Staatsangehörigkeit und katholischer Konfession.

Ich besuchte das Kgl. Gymnasium zu Neustadt O/S. von Sexta bis Oberprima und bestand hier Ostern 1909 die Reifeprüfung.

Nunmehr bezog ich die Universität Breslau und widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Am 3. Mai 1903 bestand ich beim Kgl. Oberlandesgericht daselbst die erste juristische Prüfung.

Das examen rigorosum machte ich am 28. November 1913 vor der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau.